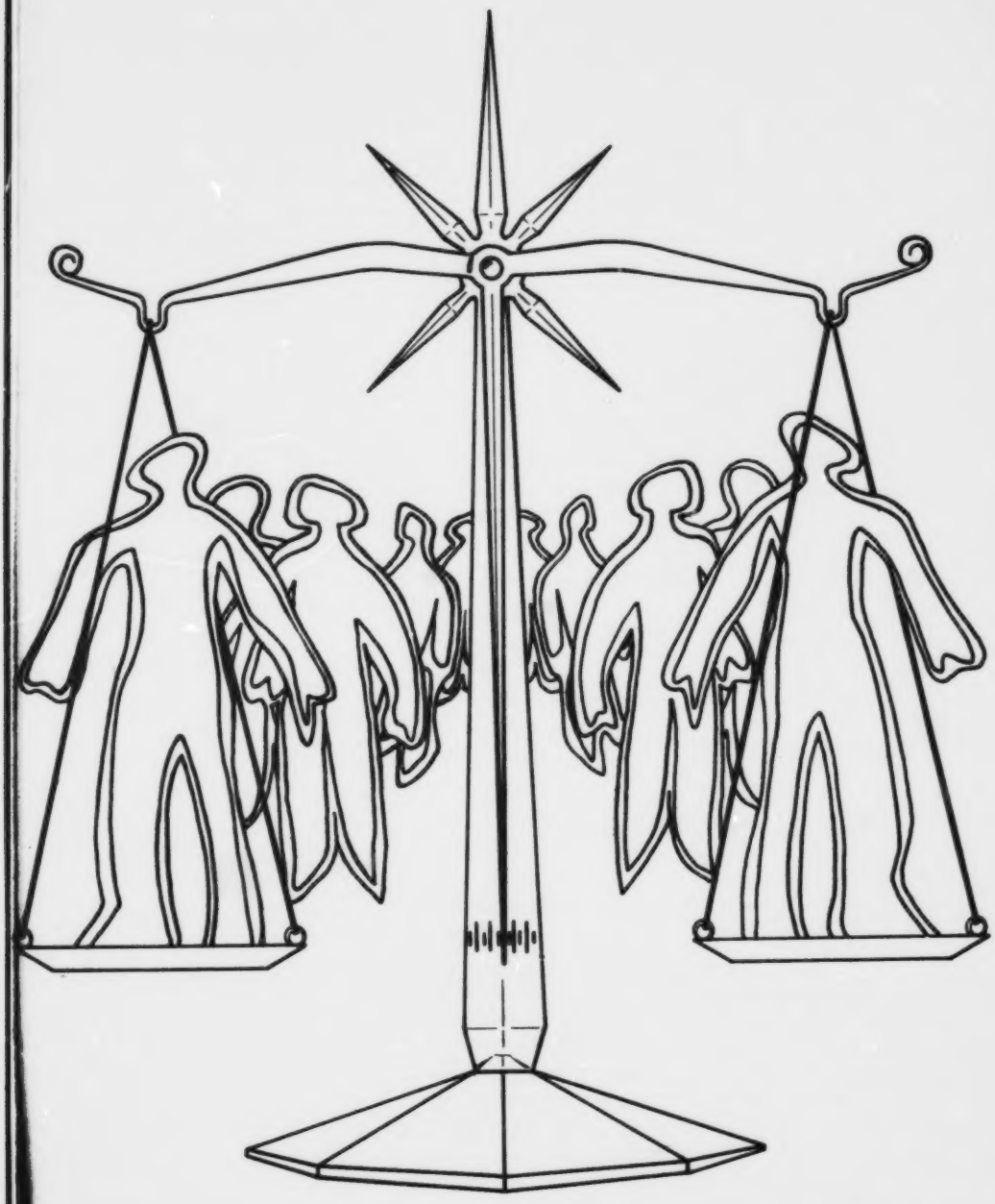
Law Reform Commission of Canada
Commission de réforme du droit du Canada

REPORT

our criminal law

3



The more laws, the more offenders

PROVERB

© Minister of Supply and Services Canada 1976

Available by mail free of charge from

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada K1A 0L6

Catalogue No. J31-19/1976
ISBN 0-662-00739-5

Reprinted 1979, 1981

Law Reform Commission of Canada

Commission de réforme du droit du Canada

March 1976

The Honourable S. R. Basford,
Minister of Justice,
Ottawa, Ontario.

Dear Mr. Minister:

In accordance with the provisions of Section 16 of the *Law Reform Commission Act*, we have the honour to submit herewith the report with our recommendations on the studies undertaken by the Commission on Principles of Criminal Law.

Yours respectfully,

E. Patrick Hartt
Chairman

Antonio Lamer
Vice-Chairman

J. W. Mohr
Commissioner

G. V. La Forest
Commissioner

REPORT

OUR CRIMINAL LAW

Commission

Honourable E. Patrick Hartt, Chairman
Honourable Antonio Lamer, Vice-Chairman
Dr. J. W. Mohr, Commissioner
Dr. Gérard V. La Forest, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté

Research Consultant

Patrick Fitzgerald

Other Members of Project Staff

Jacques Fortin
Bernard Grenier
Tanner Elton
Nicole Trudeau-Bérard

Table of Contents

	PAGE
I. Coping with Crime	1
II. Trying to Control the Future	3
III. Criminal Law and Values	5
IV. Criminal Law Aspirations	7
1. Humanity	7
2. Freedom	8
3. Justice	9
V. Criminal Law and Reality	11
VI. Reshaping Criminal Law	15
1. A Limited Role	15
2. The Role of Criminal Law	16
3. Letting Criminal Law Play its Role	17
VII. Restraint in Criminal Law	19
1. Scope of Criminal Law	19
2. The Meaning of Guilt	22
3. The Criminal Trial	23
4. Principles of Sentencing	24
VIII. Conclusion	27
1. Scope of Criminal Law	28
2. Meaning of Guilt	28

3. The Criminal Trial 29
4. Criminal Sentences 29

IX. Implementation 31
The Need for Legislation 32
1. Abolishing Strict Liability 32
2. Restricting the Ambit of the Criminal Law 33
(a) Tests of Criminality 33
(b) Tests of Regulatory Offences 34
3. Reorganizing the Criminal Code 35
(a) Real Crimes and Regulatory Offences 35
(b) Excessive Detail 36
(c) Inappropriate Style 37
(d) Inadequate Philosophy 38

Appendix 41

I. Coping with Crime

We live today in anxious times. Inflation, unemployment, strikes, pollution, crime—these trouble every free society. But crime falls in a special category. Crime threatens individual security, frightens us personally and makes us fearful for our own survival. Such fear can lead to excess reaction, oppression and injustice. Societies that want freedom, justice and security face few greater challenges than that of how to cope with crime.

Coping with crime is a two-sided problem for a just society. Crime uncoped with is unjust: to the victim, to potential victims and to all of us. Crime wrongly coped with is also unjust: criminal law—the state against the individual—is always on the cutting edge of the abuse of power. Between these two extremes justice must keep a balance.

Balance means rationality. To get to grips with crime rationally, we have to keep our heads, not hit out blindly, and not mistake activity for action. We must avoid being mislead by fears, frustrations or false expectations, however natural they may be.

Fear of crime is natural. Of all the things that frighten us—accidents, diseases, natural disasters—crime has a particular place. It wears a human face. Other things happen, crime is done deliberately. Hijacking, bombing, kidnapping and so on do not just occur, they are planned. And planned increasingly perhaps: at any rate there is a growing sense in Canada and many other countries of crisis about crime. Small wonder crime brings fear.

Crime brings frustration too. Common sense suggests that stopping crime is simple, and yet it seems to keep on rising no matter what we do. Criminology has still not discovered the cause or cure. All it has found is that our present cures work badly. So we end up frustrated with our criminal law for not delivering the goods and not satisfying our expectations.

Expectations are maybe to blame. We expect the law to protect us and reduce the volume of crime, yet, as we know, the vast majority of crimes are not cleared up. For every crime prosecuted there may be ten reported and forty unreported. Reducing this 'dark number' of crime would need more police, better equipment, greater willingness to report incidents and to help the authorities, and also a very different criminal law. The kind of law we have can never guarantee protection—in general it only moves in *after* the event and bolts the door after the horse has escaped. Our criminal law looks to the past. Protection comes from looking to the future.

II. Trying to Control the Future

Looking to the future—admittedly our law does try to do this. It tries by means of sentence and punishment. It seeks to deter potential criminals and rehabilitate the actual offender.

Unfortunately success is doubtful. Deterrence and reform are not wholly effective. Take deterrence. Some criminals are irrationally undeterrable, some just like to gamble, and some consider crime a worthwhile risk because the chance of being caught is slight. Above all, our society has too much respect for freedom and humanity to countenance measures stern enough to make deterrence really bite. Or take reform. It is hard to rehabilitate offenders without being sure what it is to *habilitate* them. And once again our respect for freedom and humanity rules out mind-altering techniques that operate mechanically and by clockwork-orange methods. In short, the very nature of our society prevents our criminal law from fully organizing the future.

Organizing the future though, is not the major function of the criminal law. It has a different, more important role. After all, even if the nature of our free society limits criminal law's impact on crime, we still need criminal law. Even if we cannot control the future, this does not mean we must ignore the present and the past. We still need to do something about wrongful acts: to register our social disapproval, to publicly denounce them and to re-affirm the values violated by them. Criminal law is not geared only to the future; it also serves to throw light on the present—by underlining crucial social values.

III. Criminal Law and Values

Criminal law, then, primarily has to do with values. Naturally, for crime itself is nothing more nor less than conduct seriously contrary to our values. Crimes are acts not only punishable by law but also *meriting* punishment. As Fitzjames Stephen said, the ordinary citizen views crime as an act "forbidden by law and revolting to the moral sentiments of society". Crimes are not just forbidden, they are also wrong.

As such—as wrongful acts—they demand response. Suppose a murder is committed in our midst: we must respond as human beings and as social creatures. First, "no man is an island" and every person's death diminishes all other persons: to do nothing and ignore this fact is to be less than human. Second, murder tramples on our society's basic values about human life: to do nothing is tantamount to condoning it and saying murder is all right. To be fully human and to hold certain values means responding when they are violated. Such violation requires public condemnation, and this is preeminently the job of criminal law.

This job—condemning crime—is not an end in itself. It is part of the larger aim of producing a society fit to live in. Such a society is less one where people are too frightened to commit crimes than one where people have too much respect for one another to commit them. Fostering this kind of personal respect is a major aim of parents, teachers, churches, and all other socializing agents. One such agent, though far less important than the others, is the criminal law. In its own way the criminal law reenforces lessons about our

social values, instills respect for them and expresses disapproval for their violation. This—what some call "general deterrence"—is the moral, educative role of criminal law.

IV. Criminal Law Aspirations

What kind of criminal law, then, should we have? What values should it serve to underline? How far should criminal law be used to underline them? In short, what sort of society do we want to live in?

Criminal law reform is, after all, part of society's general reform. But only one small part, for society's reform means changing far more things than just the criminal law, and many of these changes are not necessarily best produced by using criminal law at all. In itself criminal law never brings about the good society, it just removes some of the more obvious impediments to it and helps provide the framework within which that society can create itself. Criminal law has limited aspirations.

What are these aspirations? Our own particular brand of criminal law in Canada has three major thrusts: towards humanity, freedom and justice. Each thrust works in two opposite directions—both for and against the individual citizen.

1. Humanity

Our criminal law, like any decent law, aims towards humanity. The sort of things prohibited—acts of violence, dishonesty and so on—are acts violating common sense standards of humanity. Murder, rape, robbery and so on conflict with humane and civilized

requirements of mutual respect. But these same standards and requirements apply to the authorities themselves. If criminal law sets limits to what we can do to one another, it also sets limits to what the authorities can do to suspects and to criminals. They cannot for instance torture, maim or blind offenders. More relevant perhaps today, they cannot use surgical or psychological techniques to stop people being criminals. Our criminal law still leaves it to the individual to keep the law and stay out of trouble or else to break the law and pay the penalty. In this it treats him as a person rather than a thing—a human being to be persuaded, not a robot to be reprogrammed. And this is a dictate of humanity.

2. Freedom

Next our criminal law aims at freedom. But freedom comes from two different directions. One is the *special* part of criminal law, consisting of all the different prohibitions that manifest social disapproval of the acts prohibited and aim to keep society free of them. But since all these prohibitions also restrict individual freedom, this restriction is itself kept in check by the *general* part of criminal law and in particular by two common law principles—the presumption of innocence and the principle of non-criminality.

First, the accused is to be presumed innocent. He does not have to prove his innocence. Instead the prosecution has to prove his guilt. Therefore, unless the authorities think they have sufficient evidence against a person, he will stay free of prosecution.

Second, there is a general presumption that an act is not a crime. This springs from the very nature of our common law. The reason is that common law is basically a law of remedies. If I wrong you, you have a remedy against me—to sue or prosecute. Conversely, unless the law provides a remedy, the act is not a legal wrong. At common law then nothing is a crime unless the law specifically says so. Indeed in Canada this has been written into our Criminal Code. In general no one needs to prove his right to do an act. Unless the law forbids it, he is free to do it.

3. Justice

Finally, our criminal law aims at justice. Justice is a large and complex notion. In criminal law it means roughly three different things: (1) that guilt, innocence and sentence should be fairly determined according to the available evidence; (2) that punishment should be appropriate to the offence and the offender; and (3) that like cases should be treated alike and different cases differently.

One specially important aspect of justice is to be found in the doctrine of criminal equality. This doctrine says that a crime is a crime no matter who commits it. It is a crime for a private individual to lay hands on a police officer; it is equally a crime for an officer to lay hands on a citizen, unless the law specifically allows him to. Again, it is a crime for one man to kill another; it is equally a crime for the authorities to kill the killer, unless the law specifically allows this penalty. Under Canadian criminal law, then, all of us are equal unless the law specifically says otherwise.

V. Criminal Law and Reality

Such are the aspirations of the criminal law. Reality is different.

First, the principle of humanity. In this regard theory and practice show a twofold diversion. For one thing there is the matter of the regulatory offence. For another there is the operation of the criminal justice system.

Take first the regulatory offence. In principle the criminal law's concern is with seriously wrongful acts violating common standards of decency and humanity. In practice only a minority of criminal offences fall under this heading. The majority, which total more than 20,000, are not necessarily wrong in themselves but prohibited for expediency. Such acts have to do with commerce, trade, industry and other matters which must be regulated in the general interest of society; and criminal prohibition is a well-tried and useful method of regulation. The regulatory offence, therefore, is here to stay. Nor have we any objection to it. What we do object to is diluting criminal law's basic message by jumbling together wrongful acts and acts merely prohibited for convenience. Once treat the regulatory sector as seriously as the Criminal Code, and we may end up thinking real crimes no more important than mere regulatory offences. The two must be distinguished, as we recommend later in this report.

Next, take the operation of the criminal justice system. In theory the law aims to promote humanity. In practice it is frequently itself inhuman. Canada, it has been shown, is one of the

harshest Western countries when it comes to use of prison sentences. Many of the terms imposed are far too long, half the people in prison should never be there, and so many are in gaol that those few needing real care and attention cannot get it. Indeed the whole system resembles a vast machine sucking people in one end, spewing them out the other and then sucking them back in again—a self-generating mechanism, certainly not a human process.

Next, the principle of freedom. In theory, one aspect of this freedom is that no act is a crime unless the law specifically says so. In practice this is vastly weakened by the sheer volume of the criminal law: 700 Criminal Code sections, 20,000 federal offences, and 20,000 in provincial law not to mention the welter of municipal laws. No one can possibly know all these sections and offences. Yet since ignorance of law is no excuse, the citizen can never be sure he is not breaking the law. Worse still, 70% of federal offences are offences of strict liability and need no proof of fault; prove the act and conviction follows automatically. In fact the outcome often depends simply on whether or not there is a prosecution—in short on administrative discretion.

Or take the presumption of innocence. Again, in theory the prosecution must prove guilt. In reality the defendant often fights under a handicap—appearances, his clothes, his way of speaking, his very presence in the dock, all tell against him.

Finally, the principle of justice. Here again reality falls short of aspiration. In theory crimes are crimes and punished equally no matter who commits them. In practice the penalty often depends, not on the nature of the crime, but on the person who commits it. Our prison population, for example, contains a quite unrepresentative proportion of poor, of disadvantaged and of native offenders. The richer you are, the better your chance of getting away with something. Is it that rich men make the laws and so what rich men do is not a crime but simply shrewd business practice? Or is it that position and wealth protect the rich against intervention? Certainly more poor than rich are prosecuted even on a proportional reckoning. Or is it that those who can afford expensive lawyers have better hope of being acquitted? For all the respect we pay to justice and equality, we still have one law for the rich and another for the poor.

Worst of all, our picture of the criminal justice system bears little resemblance to reality. Supposedly it is a system designed to try defendants, assess their criminal liability on the evidence and determine the proper penalty in the light of all the circumstances; in real life trials are a comparative rarity, the vast majority of defendants plead guilty and the real work of the system takes place behind closed doors, between the crown attorney and the defendant's lawyer at the plea-bargaining table. Theoretically we demonstrate our public disapproval of certain types of conduct; in practice all we do is process an interminable series of recurring cases along the dreary assembly line of dime-store justice. Judges, crown attorneys, defence lawyers, police and all concerned in the operation of the system grow daily more disillusioned and discouraged. Small wonder many think our criminal law a hollow mockery.

VI. Reshaping Criminal Law

Our criminal law must be reshaped. For this we need three things: full awareness of the limits to the criminal law role, true understanding of the nature of that role and firm determination to make law play that role.

1. A Limited Role

No question but the role of criminal law is strictly limited. For one thing there are crimes that it can hardly touch. By no means all offences stem from wrongful preference of self-interest. Some arise from boredom, some from frustration, some maybe from a need for identity, and some from social injustice. In this last category fall some property offences, which are, in part at least, a product of the unjust distribution of property in our society: some cases of theft may well be criminal in a legal rather than a social sense. Such "crimes" call not for criminal law and punishment, but rather for some genuine social reform.

But even crimes outside this category, crimes which may be dealt with without reforming society itself, can only be partly dealt with by the criminal law. Transgressions of important values, family disputes and other conflicts arising from group living are all unfortunately natural and to be expected. Expecting them, however, we have to take precautions: we have to see that parents, families, schools, churches, local communities and all other socializing agen-

cies do their job of teaching and instilling fundamental values. Too often when these abandon their responsibilities, the cry is heard for law to do the task. The truth is, however, that theirs is the primary responsibility. Criminal law is but a last resort.

2. The Role of Criminal Law

Criminal law, then, comes in by way of last resort. As such, it provides, as argued earlier, a necessary response to wrongful behaviour. Not that the business of the criminal law is simply retribution. That notion is too complex morally and philosophically to provide a justification for the criminal law. Besides, making sin reap its own reward is no fit enterprise for mere mortal men and women. Like Blackstone we prefer to leave this to "the Supreme Being".

Nor is the business of the criminal law the enforcement of morality. Though wrong behaviour is the target, its wrongfulness or immorality is only a necessary condition, not a sufficient one. First, no one can *make* another person moral. The criminal law certainly cannot. Indeed the state and its legal institutions cannot really handle morality. Second, not all individual behaviour concerns the law. The state has no place in some activities of the nation. Its place concerns activities harmful to other individuals and to society itself.

Not that the function of the criminal law is to protect from harm in any direct and simple way. Much as we might like to think that it protects society through deterrence and rehabilitation, the efficacy of both these methods is problematical. Besides, desirable as it may be, mere protection from harm is not what we want of criminal law. After all, mere non-commission of crimes will not wholly satisfy. To satisfy, the non-commission must result from the view that crimes should not be committed. In short, we want a society where people think they *ought* not to be criminals.

In truth, the criminal law is fundamentally a *moral* system. It may be crude, it may have faults, it may be rough and ready, but basically it is a system of applied morality and justice. It serves to underline those values necessary, or else important, to society. When acts occur that seriously transgress essential values, like the sanctity of life, society must speak out and reaffirm those values. This is the true role of criminal law.

3. Letting Criminal Law Play its Role

Criminal law, then, serves to affirm fundamental values. In practice it does so to a poor and limited extent. If criminal law is ever to play its proper role in practice, we need to bring practice back into alignment with our underlying picture of the nature and function of that law. Theory and reality must match.

To bring about this match of theory and reality we have to realize the reason for the gulf between them. The reason can be found in one word: *overkill*. To start with, we have too much criminal law. Naïve belief that every problem can be solved by "having a law against it" has proliferated statutes, regulations and offences. Allied with an emphasis on deterrence and efficiency, this helped to spawn in Canada, as elsewhere, myriads of strict liability offences, where fault becomes irrelevant to guilt. In consequence we have too many acts qualifying as crimes, too many criminal charges, too many criminal cases in our courts, too many people in our prisons. Plea-bargaining—a travesty of justice—becomes essential. Too much law, too many offences and too many cases—they threaten the whole criminal justice system with collapse.

For this the remedy is *restraint*. We must keep regulatory offences in their proper place and confine "real" criminal law to its own proper job. That job is that of acting as an instrument of last resort for reaffirming values. Keep criminal law to this and there is some hope that it will do it well and that the criminal justice system will make a more useful contribution to society. Meanwhile this puts the prime duty for teaching values back where it belongs—on families, schools, churches and other socializing agencies and possibly on other legal processes. No need, then, when these have failed to shoulder their responsibilities, to fruitlessly pin all our hopes on criminal law. Law cannot do it all, nor should we ask it to.

What law can do, it must do well. But here restraint is vital. What counts is not the number of bodies processed through the system, but rather the nature of those processes. The key is quality, not quantity. To get this quality we have to use restraint: restraint in making criminal laws and criminal offences, in burdening people with criminal liability, in processing conflicts through the criminal courts, and finally in our use of our penalty of last resort, imprisonment. In all these matters more means worse and less means better.

VII. Restraint in Criminal Law

Restraint is vital to the health of criminal law. After all, every time we have a law against something, we do so at a cost. That cost is four-fold. Offenders pay through being prosecuted, convicted, punished. Other individuals pay through having their freedom restricted. We all pay through having to foot the bill for law enforcement. Finally society pays, in some cases, by wrongly thinking criminal law has solved the problem and by consequently not getting properly to grips with it. So criminal law must be confined to matters where this fourfold price is justified—in short to matters where criminal law can have some worthwhile impacts. And this affects the scope of criminal law, the meaning of guilt, the use of the trial process and the principles of sentencing.

1. Scope of Criminal Law

If criminal law's function is to reaffirm fundamental values, then it must concern itself with "real crimes" only and not with the plethora of "regulatory offences" found throughout our laws. Our Criminal Code should contain only such acts as are not only punishable but also *wrong*—acts contravening fundamental values. All other offences must remain outside the Code.

Nor is this classification a mere formality. It is not just calling some offences "crimes" and putting them in the Code and calling others "violations" or some other name and putting them somewhere else. Rather, it means dealing with the two under two distinct

régimes. Real crimes need a criminal régime, violations a non-criminal régime.

The criminal régime bears three basic features. First, conviction of a crime carries *stigma*: the offender is condemned for doing wrong. Second, the inquiry into guilt or innocence is a serious, solemn matter—the sort of trial quite out of place for minor offences and for violations. Third, only real crimes deserve the pre-eminently shameful punishment of imprisonment; prison should be excluded from the list of penalties prescribed for violations. Stigma, the possibility of solemn trial, imprisonment—these are the hallmarks of the criminal régime. They have to be reserved for real crimes.

But what should count as real crimes? A detailed answer would require much further work, in fact a detailed consideration of the content of the whole special part of criminal law. Here we can only indicate the way to go about determining that content.

To count as a real crime an act must be morally wrong. But this, as we said earlier, is but a necessary condition and not a sufficient one. Not all wrongful acts should qualify as real crimes. The real criminal law should be confined to wrongful acts seriously threatening and infringing fundamental social values. These values fall into two kinds. Some are essential generally to the very existence of society. Some are essential to the existence of our own particular society as it is.

Generally, essential values are those without which social life would be impossible. Society is after all a co-operative enterprise. Its members must have some give and take, must respect each other's needs and vulnerabilities, and must enjoy some mutual trust and reliance. In other words they must prefer order to anarchy, peace to violence, and honesty to deceit. All social life, therefore, commits its members to such values as the sanctity of life, the inviolability of the person, the virtue of truth and the necessity of order. Transgressions of these essential values are crimes of violence, crimes of fraud and crimes against peace, order and good government. These are the major candidates for inclusion in the code of real crimes.

Besides these generally essential values, most societies hold certain other values: for example, we in Canada set high value on individual liberty. This is by no means necessary for social life, for many societies have existed without it: and an unfree society is still a society. But not a society we would want to live in. For us no society would suffice without a measure of freedom, justice, tolerance, human dignity and equality. Transgressions of these important values are crimes like false imprisonment, interfering with justice, hate propaganda. These form the second category of real crimes.

One matter, though, deserves special mention—the value we set on private ownership. No society today allows unbridled free enterprise and private ownership. But no society today completely abolishes them. All societies compromise. Canada, like most Western countries, finds its compromise close to the private ownership end of the spectrum. Hence the place traditionally given in our criminal law to property offences. Our paradigm of crime is *theft*.

Sometimes, however, paradigms need changing. Pollution, depletion of resources, poverty, unemployment, inflation, race conflicts, terrorism, alienation—all these throw doubts on the adequacy of our older criminal law paradigm.

We must chart the proper place of property offences in our law. What is the interest to be protected—ownership, possession or personal space? What relevance has it to peace, order and good government? How should we weigh ownership as against human dignity? How should we rate property as compared with persons? These questions call for fundamental reappraisal, not only of our law but of the role of property in our society. Meanwhile we aim to do two things. Immediately we plan to improve and simplify the present law on property offences. Later we hope to initiate more general consideration of the basic problem and so foster debate across the country—in schools, colleges and universities, in churches, societies and community associations, in police forces, prisons and indeed all contexts where there is concern with social justice. That way we may eventually achieve a general consensus on ownership.

But ownership is a special problem. The general situation is that we in Canada share, as do most other societies, certain basic

values. And the proper scope of criminal law concerns contraventions of these basic values. All other offences, which we term "regulatory", must be excluded from the Criminal Code, should involve no stigma, and should not be punishable by imprisonment, except in two special circumstances. The first is where breach of a regulation amounts not only to a regulatory offence but also to a real crime: for example, deliberate and intentional breach of weights and measures regulations could, if done to serious extent, amount to fraud, and as such would merit imprisonment. The second is where a fine or other order imposed for breach of regulation is wilfully disregarded: here too the act goes beyond mere violation and becomes contumacy, and as such deserves imprisonment.

2. The Meaning of Guilt

Real crimes consist of seriously wrongful acts, and anyone sent to prison or otherwise punished for a real crime is being stigmatized for wrongdoing. Justice, therefore, demands that he should have *meant* to do the act forbidden: he must have acted purposely, recklessly or knowingly. Justice requires more than that he simply did the act. For real crimes, therefore, strict liability is out.

But strict liability is also out for regulatory offences. Here too, despite the absence of stigma and imprisonment, penalties are imposed for breach of law. In this case, though, the breach is a failure to comply with standards of care necessary for safety, health and welfare. In short, the regulatory offence is really one of negligence. As such, it should, we recommend, admit of a defence of due diligence. Not that we are insensitive to fears expressed by administrators responsible for enforcing regulatory legislation, but we believe the onus is on those in favour of retaining strict liability to make out a case for its retention—a case moreover based not on speculation but experience. Since such a case has not been made out, we recommend that regulatory offences should admit of a defence of due diligence to be established by the defendant. This should at least be tried as a temporary measure with a limited number of offences by way of experiment to allow the results to be monitored. Such a defence would allow him to exonerate himself by showing that he used all reasonable care. It would also call upon him to explain

himself and show what happened. This would be fair, expedient and practicable—fair to the morally blameless, expedient for the public scrutiny of standards of care, and practicable if recent legislation is our guide: many recent statutes now include due diligence defences. For these reasons strict liability should be excluded in principle not only from the criminal, but also from the regulatory régime.

Our criminal and regulatory law could of course be differently grounded. It could be based on some such concept as dangerousness. Those who inflict or threaten serious harm to others, whether purposely, recklessly, carelessly or simply through mistake or accident, could all be lumped together as dangerous, and investigated to find the causes and the remedies. No doubt this could work. Indeed in some ways it might work better than the criminal law we have. All the same, it means disregarding the distinctions usually drawn between intentional and unintentional, deliberate and accidental, careful and careless, and so on—distinctions at the heart of personal relations. "Even a dog", said Holmes, "can tell the difference between being kicked and being stumbled over". Our criminal law too sees this difference, and must keep on seeing it if it is to remain a law for persons. To do so it must harness itself to personal fault—the moral notion of guilt. And this must stay the basis of our criminal and regulatory law.

3. The Criminal Trial

If criminal law has to do with affirming fundamental values, the criminal trial is *par excellence* the place where this is done. The trial is not just directed at the offender in the dock nor even at potential offenders outside. On the contrary, it is a public demonstration to denounce the crime and re-affirm the values it infringed. It is, as Morton aptly showed, a sort of morality play for all of us. The trial is a kind of public theatre in the round.

As such, the solemn trial is appropriate only for real crimes. Whether X robbed Y or murdered Z is a paradigm case of something fit for this species of morality play. Whether A's weights were out of line or B's food incorrectly labelled needs careful public investigation but is clearly not the stuff for solemn public ritual. The full treatment, then, should be reserved for real crimes.

More than this, it should be reserved for serious instances of real crimes. Not all instances of the same real crime are equally serious. A thug's attack on an elderly woman is far worse than the face slap a girl may give her boyfriend, though both constitute assaults in law. Where actual harm is slight, where the offender and the victim live in some permanent relationship, and where the offence is symptomatic of a conflict resulting naturally from group living, here if possible we do better to divert the conflict outside the normal criminal process. For one thing, such cases are too slight to warrant the solemnity of trial. For another, they mostly need, if anything, not public re-affirmation of values, but rather a means of helping the parties find their way to a better, more positive, more fruitful relationship. This can best be done by diversionary methods on the lines of those tried in East York and now elsewhere in Canada.

If full trials in the traditional mode are excluded for regulatory offences and for lesser real crimes, there is more hope that real crimes can have real trials, where guilt and innocence depend on facts and evidence and not on deals and bargains struck between the parties and based on quite different factors. A decent criminal justice system has no place for such plea-bargains.

4. Principles of Sentencing

Remove all regulatory offences from the criminal régime, divert less serious real crimes outside the traditional system and there still remains a hard core of real crimes needing traditional trials and serious punishments. Here too we need restraint. For one thing, the cost of criminal law to the offender, the taxpayer and all of us—must always be kept as low as possible. For another, the danger with all punishments is simply that familiarity breeds contempt. The harsher the punishment, the slower we should be to use it. This applies especially to punishments of last resort.

The major punishment of last resort is prison. This is today the ultimate weapon of the criminal law. As such it must be used sparingly. We would restrict it to three kinds of cases: (1) for offenders too dangerous to leave at large; (2) for offenders for

which, as things are now, no other adequate denunciation presently exists: and (3) for offenders wilfully refusing to submit to other punishments. For these three cases prison is the penalty of last resort.

Restricting our use of imprisonment will allow more scope for other types of penalties. One penalty our system should use more extensively is the restitution order. To compel offenders to make restitution to their victims is one of the most fruitful types of punishment. It brings home to the offender the wrong he has done his victim, it meets the real needs of the victim himself, and it satisfies society's sense of justice and the desire to see that the offender is not profiting at the expense of his victim's suffering. Restitution has a vital place in any decent criminal justice system.

Equally vital is a second kind of reparation. Although one victim of a crime is the individual who is wronged, another victim is society whose values have been threatened and infringed. Society too has a claim to reparation—a claim not satisfied by "payment in the hard coinage of imprisonment". The claim is better met by more creative penalties like community service orders compelling the offender to do something positive to make up for the wrong he has done society.

Positive penalties like restitution and community service orders should be increasingly substituted for the negative and uncreative warehousing of prison.

VIII. Conclusion

We summarize our criminal law philosophy as follows:

Man is a social being who has to live in a society. Society means co-operation, a common life, a sharing of fundamental values. To hold a value sincerely, a person must react when it is violated. To share a fundamental value genuinely, society too must react publicly when it is violated, condemn the violation and take steps to reaffirm the value. One way of doing this is by the criminal law.

Criminal law operates at three different stages. At the law-making stage it denounces and prohibits certain actions. At the trial stage it condemns in solemn ritual those who commit them. And at the punishment stage it penalizes the offenders. This, not mere deterrence and rehabilitation, is what we get from criminal law—an indirect protection through bolstering our basic values.

But criminal law is not the only means of bolstering values. Nor is it necessarily always the best means. The fact is, criminal law is a blunt and costly instrument—blunt because it cannot have the human sensitivity of institutions like the family, the school, the church or the community, and costly since it imposes suffering, loss of liberty and great expense.

So criminal law must be an instrument of last resort. It must be used as little as possible. The message must not be diluted by overkill—too many laws and offences and charges and trials and prison sentences. Society's ultimate weapon must stay sheathed as

long as possible. The watchword is restraint—restraint applying to the scope of criminal law, to the meaning of criminal guilt, to the use of the criminal trial and to the criminal sentence.

1. Scope of Criminal Law

In re-affirming values criminal law denounces acts considered wrong. Accordingly it has to stick to really wrongful acts. It must not overextend itself and make crimes out of things most people reckon not really wrong or, if wrong, merely trivial. Only those acts thought seriously wrong by our society should count as crimes.

Not all such acts, however, should be crimes. Wrongfulness is a necessary, not a sufficient condition of criminality. Before an act should count as a crime, three further conditions must be fulfilled. First, it must cause harm—to other people, to society or, in special cases, to those needing to be protected from themselves. Second, it must cause harm that is serious both in nature and degree. And third, it must cause harm that is best dealt with through the mechanism of the criminal law. These conditions would confine the criminal law to crimes of violence, dishonesty and other offences traditionally in the centre of the stage. Any other offences, not really wrong but penally prohibited because this is the most convenient way of dealing with them, must stay outside the Criminal Code and qualify merely as quasi-crimes or violations.

2. Meaning of Guilt

In re-affirming values and denouncing crimes, criminal law stigmatizes criminal offenders. It condemns those guilty of wrongdoing. But guilt must rest on real culpability—the wrongdoer must act intentionally or recklessly, or at least negligently. Real criminal law concerns such wrongful acts; regulatory law is the proper place for carelessness and failure to attain requisite standards of diligence.

Unfortunately some real crimes and most regulatory offences rest on strict liability. Of these one can be guilty without intention, recklessness or negligence—in other words quite innocently and unawares. Such "innocent guilt" is unjust, unnecessary and inexpedient. It should in principle be excised from our law and, in the

regulatory sector, replaced by negligence which may be presumed against the defendant but may be rebutted by his making out a defence of due diligence.

In practice, though, we recognize that some people, especially administrators, may have misgivings and doubt whether regulatory law could work with this replacement. To meet this doubt, a limited experiment at least, allowing the due diligence defence for a temporary period, would serve to test its workability. Its workability too could be increased if courts were enabled to determine the truth of the defence with greater speed and informality. That way the discretion now exercised by administrators would be exercised instead by the courts. For such exercise appropriate rules and procedure should be developed.

3. The Criminal Trial

If criminal law is looked upon as primarily reaffirming basic values, this puts more emphasis on the criminal trial. The prime denunciation of acts violating such values comes, not from the Code or even from the offender's punishment, but from the trial itself. Not all offences, though, deserve such trials. Some are not serious enough. Others do not violate basic values.

Some offences are not serious enough. Though contravening basic values, they do so only to a minor extent and so are best dealt with outside the criminal trial. For these we urge more use of the diversionary option.

Other offences do not need the full criminal trial because they do not contravene basic values. For these regulatory offences a quicker, more streamlined, more informal arbitration is appropriate. Responsibility must be assessed, liability established and principles of justice, law and evidence observed, but this can all be done without the solemn ritual and awesome dignity of the traditional criminal trial.

4. Criminal Sentences

As an instrument of moral condemnation and stigmatization, criminal law naturally makes use of certain shameful types of pun-

ishment of which the most important is imprisonment. Regulatory law, which is not concerned with moral condemnation and stigmatization, has no place for imprisonment. Unfortunately 70% of regulatory offences are punishable by imprisonment. This must be changed: prison must in general be excluded from the regulatory sector. It also must be restricted in the real criminal law and only used where necessary—for offenders too dangerous to leave at large, too wilful to submit to other sanctions, or too wrongful to be adequately condemned by non-custodial sentences. In other cases courts should use more positive kinds of penalty.

IX. Implementation

Criminal law, then, is a blunt instrument and also one of last resort. As such it needs to be restricted to its proper target where it is most effective. We must use it with restraint.

Accordingly **we recommand** restraint in four different aspects. First, we should restrict the ambit of the criminal law, decriminalize where criminal prohibition is unnecessary, ineffective or inappropriate, and substitute more positive community-oriented approaches. Second, we should restrict the imputation of criminal responsibility, focus on real personal fault and, as far as practicable, abolish strict liability. Third, we should restrict our use of the full traditional criminal trial, keep the full solemn ri .ual for graver cases and divert less serious ones outside the ordinary system. Fourth, we should restrict the extent to which we make use of traditional punishments in general and of imprisonment in particular, so as to minimize suffering and expense and at the same time open the door to more creative and imaginative sentences. Prison is not in general an apt means of rehabilitation and half the people in jail should not be there. Jail has a place, however. There are unfortunately cases where rehabilitation is not our prime concern. Imprisonment should be restricted to such cases. **Our basic recommendation,** then, is that in all these four aspects—ambit, responsibility, procedure and sentencing—the watchword must be restraint.

Restraint can be brought about in various ways—partly by legislation, partly by changing practice in the system and partly by a general change in attitude. Such change in attitude and practice

can often take place without legislation. In our working papers on Diversion, Sentencing and Procedure we pointed out how much can be done at administrative and judicial levels to implement our recommendations on diversion. In our Report on Sentencing Guidelines we show how even without legislation courts can use a new approach to sentencing. And in our Pre-Trial Procedure Report we shall detail the possibility of restraint at an administrative level—police and other authorities can use more discretion and restraint in charging, arresting and prosecuting for offences. Much can be done, therefore, without the need for legislation.

The Need for Legislation

Ultimately, however, legislation will be necessary. It will be necessary for specifying new sentencing guidelines, for formalizing the diversionary procedure scheme, for abolishing strict liability, for restricting the ambit of the criminal law and finally for reorganizing the Criminal Code. The first two matters are dealt with elsewhere—in our Report on Sentencing Guidelines and in our future reports on Procedure. The last three matters are dealt with here.

1. Abolishing Strict Liability

Separate scrutiny of each particular offence in the Criminal Code, the federal statutes and the federal regulations would be a herculean task. Instead **we recommend** that a general section be incorporated in the general part of the Criminal Code. **We recommend** that it be drafted on the lines suggested in Working Paper 2, *The Meaning of Guilt* (p. 37) as follows:—

> (1) *every offence in the Criminal Code requires intent or recklessness unless such requirement is expressly excluded by the section creating the offence; and where such requirement is excluded the offence admits of a defence of due diligence;*
>
> (2) *every offence outside the Criminal Code admits of a defence of due diligence, and in the case of any such*

*offence for which intent or recklessness is not specifically required the onus of proof lies on the defendant to establish such defence.**

We stress here two points made earlier. First, this second recommendation might well be brought in after it had been tested for workability in relation to a number of specific offences. Second, determination of the truth or otherwise of the due diligence defence could well be established much more informally than is the case in the standard criminal trial.

2. Restricting the Ambit of the Criminal Law

We recommend that the Code should only prohibit acts generally considered seriously wrongful enough to warrant the intervention of the criminal law. Acts no longer so considered, acts whose wrongfulness is controversial and acts which are pure property offences need special consideration. All three types may eventually need legislation.

In addition to giving careful consideration to the above-mentioned three classes of offence, **we recommend** that in the future our lawmakers also exercise restraint in creating new offences. **We recommend** that this restraint be exercised both as regards "real" crimes and regulatory offences. As guidelines for the exercise of such restraint **we recommend** the following tests of criminality and regulatory offences.

(a) *Tests of Criminality*

To determine whether any act should be a real crime within the Criminal Code we should inquire:

- does the act seriously harm other people?
- does it in some other way so seriously contravene our fundamental values as to be harmful to society?
- are we confident that the enforcement measures necessary for using criminal law against the act will not themselves seriously contravene our fundamental values?

*The defendant would have to prove this on the preponderance or balance of probabilities: see our Code of Evidence (First Report to Parliament).

- given that we can answer "yes" to the above three questions, are we satisfied that criminal law can make a significant contribution in dealing with the problem?

Only if all four questions can be answered affirmatively should an act be prohibited as a criminal offence within the Criminal Code.

(b) *Tests of Regulatory Offences*

Many acts may fail to qualify according to the criminality tests but still present a problem. They may not in isolation cause serious harm or threaten basic values. All the same, their cumulative effect may be deleterious. Such acts may rightfully be discouraged—by education, by tax policies, by administrative measures or indeed by regulatory prohibition. To qualify as a regulatory offence an act should satisfy the following tests:

- is the act a potential source of harm to the community?
- are we satisfied that prohibition will not contravene our basic values regarding what the individual should be free to do?
- are we convinced that enforcing the regulatory prohibition will not do more harm than good? and
- are we sure that the regulatory prohibition will make a significant contribution in dealing with the problem?

Only if all four tests are satisfied should the act be made a regulatory offence. The tests are lighter than the tests of criminality because:

- little stigma is involved in conviction for a regulatory offence; and
- prison should not be in general a permissible penalty for such offences.

In the light of the above-mentioned tests and particularly the test of criminality **we recommend** that special attention be paid to the following three classes of crimes:

(a) *offences which most people do not consider wrong or sufficiently important to count as crime should be removed from the Code.*

An exhaustive list would be outside the scope of this Report. Here we merely suggest the following examples:

- placing bets for consideration (S.187);
- having a motor vehicle equipped with a smokescreen (S.239);
- pretending to practice witchcraft (S.323).

(b) *offences whose wrongfulness and seriousness today is controversial should be carefully reconsidered.*

In the light of present social attitudes, inquiry should be made whether they should be abolished or redefined or whether the law needs strengthening. Again, an exhaustive list would be out of place. We suggest the following examples:

- abortion,
- acts of indencency,
- bigamy and polygamy,
- conspiracy,
- drug offences,
- incest,
- obscenity and pornography,
- unlawful gaming, and
- wilful disobedience to statutes and court orders (SS. 115 and 116).

(c) *The law on property offences should be simplified and also reassessed in the light of a fundamental reappraisal of the role of property in society*. Such simplification this Commission has undertaken as part of its ongoing programme of criminal law reform. Reassessment is a more long-term matter the study of which is presently being considered.

3. Reorganizing the Criminal Code

Our criminal law suffers from at least four defects. It fails to differentiate between real crimes and mere regulatory offences. It descends into excessive detail. It uses a style and form of language that is inappropriate. And it is wedded to a Victorian philosophy which is now inadequate.

(a) *Real Crimes and Regulatory Offences*

In law there is a distinction between criminal offences and civil wrongs. The former are dealt with by the criminal law, the

latter by different branches of the civil law. The distinction between criminal and civil law is particularly important in Canada because of the constitutional provision reserving the creation of criminal law for the federal Parliament.

There is, however, another distinction to which we drew attention in Working Paper 2, *The Meaning of Guilt*. This is a distinction within the criminal law itself. It is the distinction between "real" crimes and mere regulatory offences. The difference between the two is well recognized by ordinary citizens, accepted formerly by criminal jurisprudence and based on logic and common sense. It should be recognized by law. **We therefore recommend** that the Criminal Code be pruned so as to contain only those acts generally considered seriously wrongful and that all other offences be excluded from the Code.

In addition **we recommend** that the distinction be further signalized by generally restricting the stigma of imprisonment to real crimes. **We therefore recommend** that *the Criminal Code should make it clear that no offence outside the Code may be punished by imprisonment. Where a regulatory offence is committed with such deliberate intent as to make the act a "real" crime and warrant imprisonment*—wilful non-compliance with certain income tax provisions, for example, could amount to fraud and merit jail—*prosecution should be brought for the relevant Code crime.* And where a person convicted of a regulatory offence refuses to comply with the sentence or order of the court, this intentional defiance should, as we suggested in Working Paper 6, Fines, constitute a new offence punishable on summary conviction by imprisonment.*

(b) *Excessive Detail*

Restrict the Criminal Code to the relatively short catalogue of "real" crimes and we will have a terse and simple document. At present we have a complex, cumbersome collection of sections, many of which have been added from time to time *ad hoc*. Many are quite unnecessary because they but particularize matters covered by more general sections. Given, for example, a general section on seduction, we have no need for a particular prohibition

*In practice there are several techniques for facilitating this, but in principle our proposal is that really serious, i.e. "criminal", breaches of regulatory law should be designated as crimes in the Code.

against seducing female passengers on board ship. Given a general prohibition of theft, we scarcely require special sections on oysters, cattle and driftwood. And given a general rule against cruelty to animals, we could do without detailed provisions about cattle and cock-fighting. Such excess detail blurs the simplicity, obviousness and directness of the general message of the Code. Common sense and moral principles get replaced by the product of historical accident.

To regain generality and simplicity, the Code must be re-organized in a more rational framework. Concentration should focus on the general definitions of the obvious basic crimes. Detailed particularities and applications are out of place and should be avoided as far as possible.

(c) *Inappropriate Style*

Our Criminal Code contains no general guiding principles. It nowhere says what criminal law is, what it is for or what it aims to achieve. Instead it consists largely, as we have said, of particular rules of ever increasing detail.

Not that detail serves no purpose. Precision in the definition of offences may promote clarity and certainty. The individual has a right to know clearly what is forbidden. The administrator has a right to know clearly when he can legally intervene. This, it is argued, justifies spelling the details out in black and white.

The argument is not totally convincing. In particular it is not convincing as regards "real" crimes. These are acts generally recognized as seriously and obviously wrong. So general is this recognition and so obvious is their wrongfulness that ignorance of law is not allowed as a defence. Whether or not the accused is familiar with the actual language of the Criminal Code sections on homicide is quite irrelevant on a charge of murder—he knows that it is wrong to kill. The same reasoning applies to all the basic crimes, where criminal law simply underlines our general notions of right and wrong.

This being so, we contend that there is no need for detailed definitions. When it comes to any criminal offence, there are three different classes of conduct. One class consists of acts obviously

wrongful and clearly forbidden by the relevant section. Another consists of acts clearly legitimate and untouched by the section's prohibition. And then there is a third class—those acts which are neither beyond peradventure wrongful nor yet beyond doubt legitimate: they fall into the grey area in between. Curiously it is the acts in this grey area that have given lawyers and legislators all the trouble, for in the interest of certainty and clarity legislation has traditionally concentrated on such marginal cases. This, we contend, is unnecessary in criminal law. Any act falling into the grey area must be an act not clearly recognized in general as obviously and seriously wrong. As such it has no business being forbidden by criminal law. After all, the purpose of the criminal law is to underline, not caricature, our values.

Marginal cases, then, must not be overemphasized. They must not become the tail that wags the dog. Instead we must concentrate on what is obviously criminal. The Criminal Code of the future should be a short, concise and simple statement of the kind of acts condemned by our society. It should be a summary of our basic principles of applied morality.

(d) *Inadequate Philosophy*

Our Criminal Code is largely the product of nineteenth century thought. That century was one of broad consensus and naïve optimism. People in general were agreed on many matters of morality. They also thought that just as every event had its cause, so every problem had its own solution if only we could find it. Hence the simple Benthamite view of human beings as mechanistically rational and motivated solely by the principles of pleasure and pain. Hence too the primitive faith in the effectiveness of deterrence.

Today we realize the inadequacy of those beliefs. There is less consensus now on many different matters—on sex, on religion and many other things. There is less confidence that every problem has a quick solution—problems may be an inevitable feature of the human condition. And there is less faith in the view of man as purely rational and acting in his own self-interest—the darker, irrational and unconscious side of human nature has been rediscovered. Society comes to look more like an open system in which each ele-

ment eventually feeds back and affects every other element and so produces constantly a dynamic interacting equilibrium. And crime is one element in that open system.

This means there are no quick solutions to crime. There are no patent medicines. There is no instant cure. Crime, like the poor, is always with us. As long as human beings remain the sort of creatures they are, they will hold moral values and they will also transgress them. Crime is part of our divided nature. It is here to stay. The problem is to come to terms with it.

To come to terms with crime we must have open minds. We must face up to reality. We must see each criminal trial as a learning opportunity, where the accused, the victim, the other participants and finally all of us can learn a variety of lessons—the way in which the act of the accused was wrong, the way to repair the harm done and the way to reaffirm and rediscover our basic values. Above all we have to learn, by looking at the court-room drama, to avoid projecting our own inadequacies on the defendant as a scapegoat but rather to face up to the evil in ourselves. We have to learn just what we human beings really are.

To do all this requires a more imaginative attitude to criminal law. We must be ready to try new things. We should be willing to experiment by means of pilot projects. Instead of making each new legislated approach apply across the board without prior indication of the outcome, we need to try out different strategies for limited periods in limited areas. Then after careful monitoring we can judge whether to put them into general operation. This needs good feedback. We must improve our gathering and recording of data. Progress—in criminal law as in human affairs—depends on caution, realism and pragmatism. The way ahead is forged step by step.

This change in attitude can only come from paying greater attention to the educational aspect. All too easily we compartmentalize—criminal law in one slot, education in another. Man, however, slots into no compartments and his activities constitute a whole. Accordingly, **we recommend** that government take steps to promote the education of judges, administrators and all of us about the criminal law. First, judges are entitled to—and we have a right that they should receive—programmes of initial and continuing

training on criminal law, criminology and penal philosophy. Second, there is a need for administrative guidelines reaching from the Attorney-General right down to the individual enforcement officer or administrative official in the field, so as to ensure both overall conformity with basic principles and political accountability all along the line. Finally government should promote schemes for educating the citizen on crime and criminal law. Programmes must be devised for schools, for universities, for community colleges and other possible contexts for such education. At present our criminal law enjoys insufficient respect. Older people may be cynically disappointed; younger folk may be bored, contemptuous, disenchanted, alienated. To regain our respect the criminal law must come back into its proper orbit and the criminal trial must become something of meaning to us all. In short we have to make it *our* criminal law. Then, and only then, may we really learn to cope with crime.

Appendix

A. Contributions

A number of people helped and contributed to this report. There were numerous discussions and meetings with Research Personnel on the aims and purposes of the criminal law as well as on our working papers. The Commission gratefully acknowledges all these contributions. We would also like to thank former members of the Commission.

Former Commissioners

Mme Justice Claire Barrette-Joncas
Dean Martin L. Friedland
John D. McAlpine
Mr. Justice William F. Ryan

Research Advisors and Contributors

Jerome Atrens
Jean-Louis Baudouin
Neil Brooks
Ronald Delisle
Howard Eddy
Gerard Ferguson
Brian Grosman
B. Hogan
John Hogarth
Anthony Hooper
Ian Hunter
Keith Jobson
Mark Krasnick
Pierre Landreville
René Marin
J. D. Morton

Alan Reid
Darrell Roberts
R. A. Samek
T. R. Swabey
Herbert Thurston
Paul Weiler
Louis Waller
Gaylord Watkins

B. Publications

The report is based on numerous internal and external documents filed in the Archives of the Commission and indicated in our Annual Reports. The following are those that have been published and are available through Information Canada.

Working Papers:

The Meaning of Guilt (#2—1974)
The Principles of Sentencing and Dispositions (#3—1974)
Diversion (#7—1975)
The Limits of Criminal Law (#10—1975)
Mental Disorder in the Criminal Process (#14—1975)

Background Volumes:

Studies on Strict Liability (1974)
Studies on Diversion (The East York Community Law Reform Project) (1975)
Studies on Sentencing (1974)
Sutdies on Obscenity (1976)

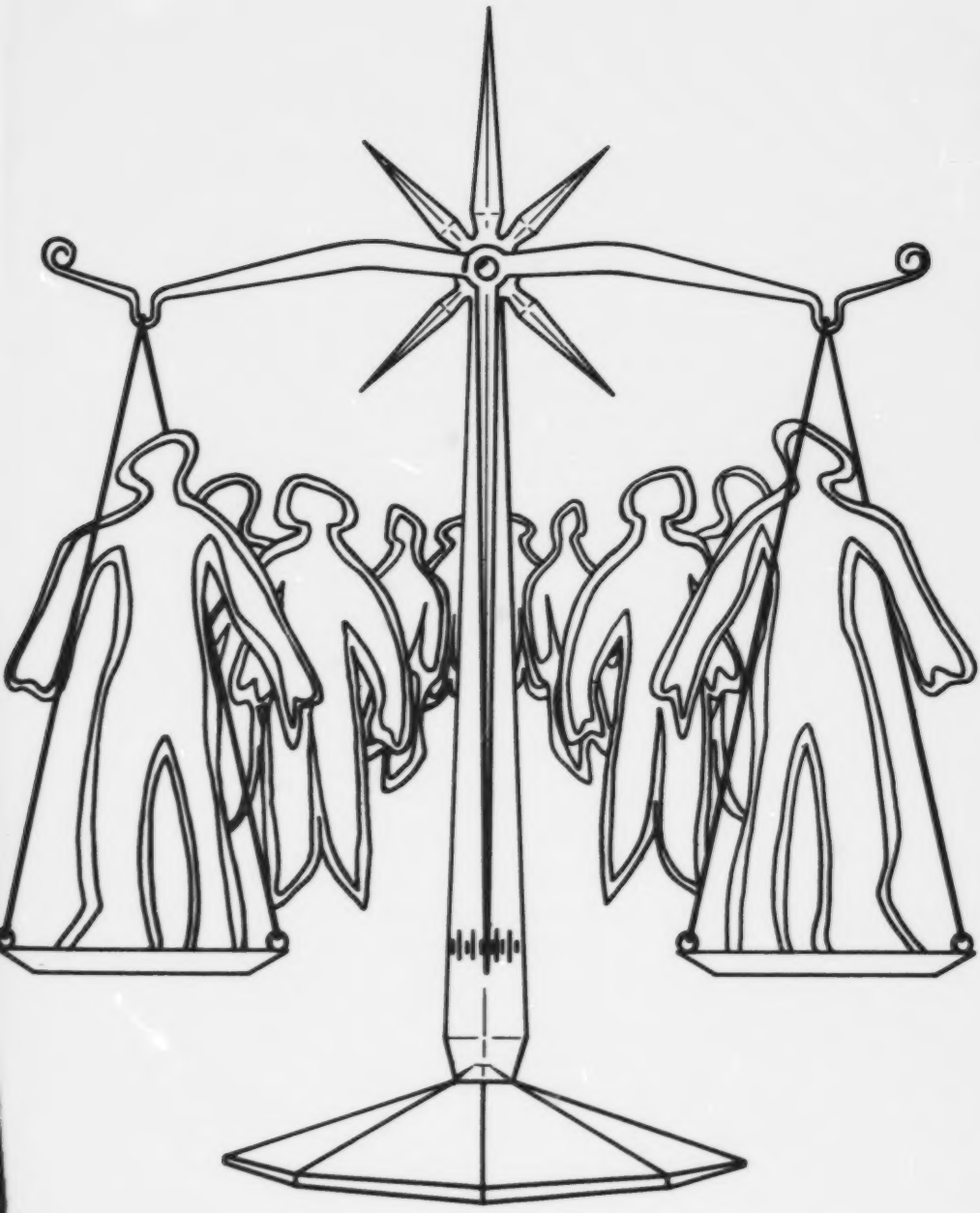
Commission de réforme du droit du Canada

Law Reform Commission of Canada

RAPPORT

notre droit pénal

3



Plus il y a de lois, plus il y a de criminels

PROVERBE

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1976

Disponible gratuitement par la poste:

Commission de réforme du
droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Ontario K1A 0L6

N° de catalogue J31-19/1976
ISBN 0-662-00739-5

Réimprimé 1979, 1981

Commission de réforme du droit du Canada

Law Reform Commission of Canada

Janvier 1976

L'honorable S. R. Basford,
Ministre de la justice,
Ottawa, Ontario

M. le Ministre,

En conformité avec les dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous soumettre par les présentes le rapport ainsi que les propositions de la Commission résultant de ses recherches dans le domaine du droit pénal.

Respectueusement,

E. Patrick Hartt
président

Antonio Lamer
vice-président

J. W. Mohr
commissaire

G. V. La Forest
commissaire

RAPPORT

NOTRE DROIT PÉNAL

Commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président
L'honorable Antonio Lamer, vice-président
D[r] J. W. Mohr, commissaire
D[r] Gérard V. La Forest, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté

Conseiller de recherche

Patrick Fitzgerald

Attachés de recherche

Jacques Fortin
Bernard Grenier
Tanner Elton
Nicole Trudeau-Bérard

Table des matières

		PAGE
I.	La réaction sociale à la criminalité	1
II.	Le droit pénal et l'avenir	3
III.	Le droit pénal et les valeurs	5
IV.	Les objectifs du droit pénal	7
	1. Humanité	7
	2. Liberté	8
	3. Justice	9
V.	Le droit pénal et la réalité	11
VI.	Vers un nouveau droit pénal	15
	1. Un rôle limité	15
	2. Le rôle du droit pénal	16
	3. Une perspective réaliste	17
VII.	La modération en droit pénal	19
	1. La portée du droit pénal	19
	2. La notion de blâme	22
	3. Le procès pénal	24
	4. Les principes de la détermination de la peine	25

VIII. Conclusion 27
1. La portée du droit pénal 28
2. La notion de blâme 29
3. Le procès pénal 29
4. La sentence 30

IX. Mise en œuvre 31
La nécessité de légiférer 32
1. L'abolition de la responsabilité stricte 32
2. La restriction de la portée du droit pénal 33
a) Critères de la criminalisation 34
b) Critères de la prohibition réglementaire 34
3. La réorganisation du Code criminel 36
a) Le crime véritable et l'infraction réglementaire 36
b) L'excès de détails 37
c) Un style inadéquat 38
d) Une philosophie inadéquate 39

Annexe 43

I. La réaction sociale à la criminalité

Nous vivons à une époque angoissante. L'inflation, le chômage, les grèves, la pollution, la criminalité, toutes les sociétés libres connaissent ces difficultés. La criminalité cependant, appartient à une catégorie spéciale. Le crime menace la sécurité individuelle, nous effraie personnellement et nous fait craindre pour notre survie. De telles craintes peuvent conduire à une réaction trop violente, à l'oppression et à l'injustice. Les sociétés qui aspirent à la liberté, à la justice et à la sécurité ont un défi de taille à relever, celui de définir la réaction appropriée au crime.

Cette réaction au phénomène de la criminalité pose un double problème pour une société qui se veut juste. Ne pas réagir contre le crime est injuste pour la victime, pour d'autres victimes en puissance et pour nous tous. Une réaction trop violente est également injuste: le droit pénal, c'est-à-dire le pouvoir de l'État dressé contre l'individu, est toujours menacé par la tentation de l'abus de pouvoir. Entre ces deux extrêmes la justice doit chercher un équilibre.

Équilibre veut dire rationalité. Pour arriver à réagir rationnellement devant la criminalité nous devons éviter de perdre la tête, mesurer nos interventions et ne pas confondre action efficace et agitation. Nous devons éviter de nous laisser emporter par la crainte, les frustrations ou les faux espoirs, si naturels soient-ils.

Il est bien naturel de craindre le crime. De tout ce qui nous fait peur, les accidents, la maladie, les cataclysmes naturels, le crime occupe une place spéciale dans la mesure où il a un visage

humain. Si d'autres phénomènes ne font que survenir, le crime est le résultat d'un acte délibéré. Les détournements, les attentats à la bombe, les rapts n'arrivent pas tout naturellement mais ils sont projetés, et il se peut qu'ils le soient de plus en plus. Quoi qu'il en soit on sent croître, au Canada comme dans bien d'autres pays, la conscience d'un état de crise en rapport avec la criminalité. Il n'est donc pas étonnant que la criminalité fasse peur.

La criminalité est aussi source de frustration. Le bon sens nous dit qu'il est simple de prévenir le crime mais pourtant, quoi que nous fassions, la criminalité semble augmenter. La criminologie n'en a pas encore découvert la cause ni le remède. Tout ce qu'elle a su découvrir c'est que les remèdes actuellement en usage ne donnent pas les résultats escomptés. Par conséquent, nous sommes frustrés parce que les espoirs que nous avions fondés dans le droit pénal sont restés sans suite.

Nos expectatives en sont peut être la cause. Nous nous attendons à ce que la loi nous protège et diminue l'incidence de la criminalité. Cependant, et nous le savons bien, l'immense majorité des crimes restent sans solution. Pour chaque crime où il y a poursuite, il peut y en avoir dix autres qui font l'objet d'un rapport à la police et quarante autres qui ne sont même pas rapportés. Pour changer cet état de choses il faudrait plus de policiers, un équipement plus perfectionné, un plus grand souci de la part du public d'aviser les autorités des incidents criminels et de collaborer avec elles. Cela prendrait aussi un droit pénal fort différent. Le genre de droit pénal que nous avons ne peut nous assurer qu'il va nous protéger car il intervient en général une fois que le mal est fait. Alors que notre droit pénal se tourne vers le passé, la protection contre le crime exige qu'on regarde vers l'avenir.

II. Le droit pénal et l'avenir

La loi, par le biais de la peine, tente de regarder vers l'avenir. Elle cherche à dissuader le criminel en puissance de récidiver et à assurer la réadaptation sociale du délinquant actuel.

Malheureusement le succès de ces entreprises est aléatoire. La dissuasion et la réadaptation sociale ne réussissent pas toujours. Si on examine l'effet intimidant de la peine, on constate que certains délinquants y sont imperméables pour des motifs tout à fait irrationnels, que d'autres aiment prendre des risques et que d'autres encore considèrent le crime comme un risque favorable puisque les possibilités de se faire prendre sont relativement peu élevées. Le principal problème vient de ce que notre société est tellement imbue de valeurs, telles le sentiment d'humanité et le respect de la liberté, qu'elle refuse d'adopter des mesures suffisamment sévères pour rendre l'intimidation véritablement efficace. Il en est de même pour la resocialisation. Il n'est pas facile de resocialiser un délinquant si on ne sait pas en quoi consiste le fait de le socialiser. Et là encore, notre respect de la liberté et des valeurs humaines interdit le recours à la modification du comportement par des techniques de dressage mécanique déshumanisantes. A vrai dire, la nature même de notre société empêche le droit pénal d'organiser pleinement l'avenir.

Cependant, ce n'est pas la fonction la plus importante du droit pénal que d'organiser l'avenir. Son rôle est différent et d'ailleurs plus important. En effet, bien que la nature même de notre société, qui se veut libre, restreigne l'influence que le droit pénal peut avoir sur la criminalité, nous avons quand même besoin

de lui. Nous ne pouvons régir l'avenir, mais nous ne devons pas pour autant ignorer le passé et le présent. Il faut réagir d'une façon ou de l'autre aux comportements répréhensibles. Il faut marquer la désapprobation de la société à leur égard, les dénoncer publiquement et réaffirmer les valeurs qu'ils enfreignent. Le droit pénal n'est pas axé seulement sur l'avenir. Il éclaire aussi le présent, en mettant en lumière les valeurs sociales fondamentales.

III. Le droit pénal et les valeurs

Le droit pénal a donc trait principalement aux valeurs. Rien de plus normal puisque le crime se définit comme un comportement qui constitue une atteinte grave aux valeurs auxquelles nous croyons. Les crimes sont non seulement des actions que punit la loi, mais aussi des actions qui méritent qu'on les punisse. Comme le disait le juge Fitzjames Stephen, le citoyen ordinaire perçoit le crime comme un comportement qui est «prohibé par la loi et qui répugne aux sentiments moraux de la société». Commettre un crime n'est pas seulement poser un acte prohibé, c'est aussi faire le mal.

A ce titre, une infraction appelle une réaction. Supposons que l'on commette un meurtre parmi nous; nous devons réagir comme êtres humains et comme créatures sociales. D'abord nul n'est une île, et la mort d'un homme appauvrit tous les autres hommes; aussi serait-il indigne d'un être humain de ne rien faire face à une telle situation. Ensuite, le meurtre foule aux pieds les valeurs fondamentales auxquelles adhère notre société relativement à la vie humaine; ne rien faire équivaudrait à tolérer le meurtre et même à le sanctionner. Être pleinement humain et tenir à des valeurs implique une réaction lorsque ces valeurs sont violées. Une telle violation appelle une condamnation publique, et c'est là avant tout le rôle du droit pénal.

Cette fonction, la condamnation du crime, n'est pas une fin en soi. Cela fait partie d'un objectif beaucoup plus large qui est de favoriser l'émergence d'une société où la qualité de la vie est meilleure. Dans une telle société, c'est bien moins la crainte du

châtiment que le respect que les gens ont les uns pour les autres qui empêche de commettre des crimes. C'est un des objectifs principaux des parents, des éducateurs, des églises et de toutes les autres institutions de socialisation, que d'encourager le respect de la personne humaine. Une de ces institutions, encore qu'elle soit bien moins importante que les autres, est le droit pénal. A sa manière, le droit pénal réaffirme nos valeurs sociales, impose leur respect et condamne leur violation. C'est en cela que consiste le rôle moral et éducateur du droit pénal, rôle que certains auteurs ont désigné «dissuasion générale».

IV. Les objectifs du droit pénal

Quelle sorte de droit pénal devrions-nous alors avoir? Quelles valeurs devrait-il souligner? Jusqu'à quel point devrait-on avoir recours au droit pénal pour les renforcer? En somme, quelle sorte de société désirons-nous avoir?

La réforme du droit pénal, après tout, fait partie de la réforme générale de la société. Mais elle n'en est qu'une bien petite partie, car la réforme de la société exige que l'on change bien des choses en plus du droit pénal, et le recours au droit pénal n'est pas nécessairement le meilleur moyen d'arriver à ces changements. Le droit pénal ne peut par lui-même créer la société idéale; il peut tout au plus faire disparaître certains des obstacles les plus évidents qui empêchent d'y parvenir, tout en contribuant à constituer la structure dans laquelle cette société peut se créer. Le droit pénal a des objectifs restreints.

Quels sont ces objectifs? Au Canada, le droit pénal vise principalement à atteindre un idéal d'humanité, de liberté et de justice. Chacune de ces tendances joue tour à tour pour et contre l'individu.

1. Humanité

Notre droit pénal, comme toute loi qui n'est pas inique, vise un idéal d'humanité. Les comportements prohibés, par exemple les actes de violence ou de malhonnêteté, sont des comportements qui violent des normes humanitaires imposées par le sens commun.

Le meurtre, le viol, le vol avec violence et les autres crimes de même genre s'opposent au respect mutuel que la civilisation et le sentiment humanitaire imposent comme conditions à la vie en société. Mais ces mêmes normes et conditions s'appliquent aussi aux pouvoirs publics. Si le droit pénal impose des limites aux citoyens les uns par rapport aux autres, il en impose également quant aux pouvoirs que les autorités peuvent exercer à l'endroit des personnes suspectes ou condamnées. Ainsi, elles ne peuvent torturer ou blesser un délinquant ni, pour prendre un exemple qui est plus d'actualité, utiliser des techniques chirurgicales ou psychologiques pour faire disparaître chez un individu ses tendances criminogènes. Notre droit pénal laisse encore à l'individu le choix de respecter la loi et de ne pas avoir d'ennuis, ou de violer la loi et d'en subir les conséquences. De cette façon, le droit considère l'homme comme une personne plutôt qu'une chose, comme un être humain qu'il faut persuader plutôt qu'un robot qu'on doit programmer. Cette attitude découle de l'idéal d'humanité que le droit vise à atteindre.

2. Liberté

Le droit pénal vise aussi un idéal de liberté. Mais la liberté provient de deux sources différentes. L'une d'elles découle du droit pénal *spécial;* celui-ci consiste dans l'ensemble des prohibitions qui manifestent la désapprobation sociale des comportements prohibés et qui ont pour but d'en libérer la société. Mais puisque toutes ces prohibitions restreignent aussi la liberté individuelle, cette restriction est elle-même sujette à la partie *générale* du droit pénal, et en particulier à deux principes de common law, la présomption d'innocence et le principe relatif à la non-pénalisation d'un comportement.

En premier lieu, on présume l'accusé innocent, en ce sens qu'il n'a pas à prouver son innocence. Au contraire, il incombe à la poursuite de prouver sa culpabilité. Par conséquent, à moins que le ministère public n'estime avoir une preuve suffisamment concluante contre une personne, celle-ci restera à l'abri de toute poursuite.

En deuxième lieu, on doit présumer qu'un acte n'est pas criminel. Ceci résulte de la nature même de notre common law.

La raison en est que ce droit est avant tout un droit fondé sur les recours. Le fait de causer un préjudice entraîne un recours, soit l'action civile ou l'accusation pénale. La réciproque est également vraie; à moins que le droit ne prévoie quelque recours, il ne considère pas qu'un acte est juridiquement mauvais. En common law, il n'y a pas de crime à moins que le droit ne le prévoie expressément. Au Canada, ce principe a même été incorporé au Code criminel. En général, personne n'a besoin de prouver son droit de poser un acte. A moins que le droit ne le prohibe, il est libre de le poser.

3. Justice

Enfin, notre droit pénal cherche à atteindre la justice. La justice est une notion à la fois très vaste et très complexe. En droit pénal, elle veut dire à peu près trois choses différentes: 1) qu'on devrait décider de la culpabilité, de l'innocence et de la sentence de façon équitable d'après la preuve; 2) que la peine devrait être appropriée, à la fois au crime et à la personne du délinquant; et que 3) les cas semblables devraient être traités de façon semblable et les cas différents de façon différente.

Un aspect particulièrement important de l'idéal de justice est la doctrine de l'égalité devant la loi pénale. Cette doctrine affirme qu'un crime est un crime quel qu'en soit l'auteur. C'est un crime pour un citoyen de porter la main sur un agent de police; c'est aussi un crime pour l'agent de police de porter la main sur un citoyen, à moins que la loi ne lui permette expressément de le faire. C'est un crime de tuer un être humain; c'est aussi un crime pour les autorités de tuer le tueur, à moins que la loi n'autorise expressément cette peine. Aux yeux de la loi canadienne, nous sommes tous égaux à moins que le droit ne stipule le contraire en toutes lettres.

V. Le droit pénal et la réalité

Tels sont les objectifs du droit pénal. La réalité est différente.

Considérons d'abord le principe d'humanité. Dans ce domaine, théorie et pratique se séparent sur deux points. En premier lieu, il y a la question de l'infraction réglementaire. En deuxième lieu, il y a le problème du fonctionnement de l'appareil pénal.

Commençons par l'infraction réglementaire. En principe, le droit pénal concerne des actions qui présentent un caractère très répréhensible et qui violent les normes communes de décence et d'humanité. En pratique, quelques-unes seulement des infractions criminelles entrent dans cette catégorie. La grande majorité, c'est-à-dire plus de 20,000, ne sont pas des actions mauvaises en elles-mêmes mais des actions qu'on a jugé opportun de prohiber. Ces actions ont trait au commerce, à l'industrie et aux autres domaines qu'on doit réglementer dans l'intérêt général de la société; or, le recours aux prohibitions criminelles constitue une technique de réglementation bien connue et fort utile. Nous pouvons donc nous attendre à ce que l'on continue de façon permanente à faire appel à l'infraction réglementaire. Nous ne nous y opposons d'ailleurs pas. Ce que nous n'admettons pas, c'est le fait de diluer le message fondamental du droit pénal en mettant dans le même sac les actions répréhensibles et celles qu'on prohibe pour la seule raison qu'il est opportun de le faire. En traitant le domaine pénal réglementaire aussi sérieusement que le Code criminel, on risque d'en venir à estimer que les crimes véritables ne sont pas plus graves que les simples infractions réglementaires. Il faut distinguer ces deux types d'infractions, ainsi que le recommande ce rapport.

Venons-en maintenant au fonctionnement de l'appareil pénal. En théorie, le droit vise à promouvoir l'idéal d'humanité. En pratique, il est souvent lui-même d'une grande inhumanité. Comme on l'a démontré, le Canada est l'un des pays occidentaux qui se montre le plus sévère dans le recours à l'emprisonnement. Plusieurs peines sont beaucoup trop longues, la moitié de ceux qu'on condamne à l'emprisonnement ne devraient pas l'être, et les prisons sont tellement encombrées que les détenus ayant réellement besoin de soins en sont privés. Le système ressemble à une vaste machine qui happe les individus à une extrémité, qui les rejette à l'autre extrémité et qui répète inlassablement le processus. C'est un mécanisme à mouvement perpétuel, sûrement pas un procédé humain.

Qu'en est-il du principe de liberté? En théorie, un des aspects de ce principe veut qu'aucun acte ne soit criminel à moins que la loi ne le prévoie. En pratique, ce principe perd de sa force du seul fait de l'inflation pénale: 700 articles du code criminel, 20,000 infractions aux lois fédérales, 20,000 infractions aux lois provinciales, sans compter les nuées d'infractions aux règlements municipaux. Personne au monde ne peut connaître toutes ces dispositions légales et toutes ces infractions. Cependant, comme l'ignorance de la loi n'excuse pas la commission d'une infraction, un citoyen ne sait jamais s'il n'est pas en train de contrevenir à la loi. Pis encore, 70% des infractions aux lois fédérales sont des infractions de responsabilité stricte qui n'exigent pas de faire la preuve d'une faute. La preuve de la seule perpétration de l'acte entraîne la culpabilité. En réalité, bien souvent l'issue ne dépend que de la décision de poursuivre, en d'autres termes, d'une simple discrétion administrative.

Ou encore, prenons comme exemple la présomption d'innocence. Là aussi, en théorie, la poursuite doit prouver la culpabilité. En réalité, l'accusé est bien souvent désavantagé. Les apparences, sa façon de se vêtir, sa manière de s'exprimer, sa seule présence à la barre jouent contre lui.

Interrogeons-nous enfin sur le principe de justice. Là encore la réalité ne répond pas aux aspirations. En théorie, un crime est un crime et il appelle la même peine, quel qu'en soit l'auteur. En pratique cependant, la peine se fonde souvent non pas sur la nature de l'infraction mais sur la qualité de la personne qui la commet. Ainsi la population carcérale est composée de façon disproportion-

nellement élevée de pauvres, de personnes défavorisées et de délinquants indigènes. Plus on est riche, meilleures sont les chances de s'en tirer. Cela dépend-il de ce que les riches font les lois, et qu'on perçoit leurs actes non pas comme des crimes mais uniquement comme des pratiques commerciales astucieuses? Cela vient-il plutôt de ce que la fortune et la qualité mettent les riches à l'abri de la justice? Il est certain que même en tenant compte des proportions, on poursuit plus de pauvres que de riches. Enfin, est-ce parce que ceux qui peuvent se payer le luxe d'un excellent avocat ont de meilleures chances d'être acquittés? Malgré tout le respect que nous témoignons à la justice et à l'égalité, nous avons encore un droit pour les riches et un autre pour les pauvres.

Le pire de tout cela, c'est que l'image que nous nous faisons du système de justice pénale ne correspond pas du tout à la réalité. Ce système est censé juger les accusés, peser leur responsabilité pénale à la lumière de la preuve et déterminer la peine appropriée en tenant compte de toutes les circonstances. En fait, les procès sont relativement rares, la grande majorité des accusés plaident coupable et le système fonctionne véritablement à huis clos, dans les officines où le procureur de la couronne et l'avocat de l'accusé marchandent les plaidoyers. En théorie, nous manifestons publiquement notre désapprobation face à certaines sortes de conduites; en pratique, nous soumettons une série interminable de cas toujours semblables au processus mécanique d'une justice à rabais. Les juges, les procureurs de la couronne, les avocats de la défense, les policiers et tous ceux qui s'intéressent au fonctionnement du système se découragent et se désillusionnent chaque jour un peu plus. Il n'est pas surprenant que bien des gens ne voient dans notre droit pénal qu'un simulacre de la justice.

VI. Vers un nouveau droit pénal

Nous devons façonner un nouveau droit pénal et pour ce faire, trois choses sont nécessaires: il faut reconnaître les limites du rôle du droit pénal, comprendre pleinement la nature de ce rôle et avoir la ferme intention de faire remplir ce rôle au droit.

1. Un rôle limité

Le rôle du droit pénal est, à n'en pas douter, limité de façon très précise. D'abord, il existe des infractions sur lesquelles il n'a aucune influence. Ce ne sont pas toutes les infractions qui naissent d'un choix coupable par lequel l'accusé fait primer son propre intérêt. Certaines sont le fait de l'ennui, d'autres de la frustration, d'autres encore d'un besoin de s'affirmer, et certaines résultent de l'injustice sociale. On peut placer dans cette dernière catégorie certaines infractions contre la propriété qui découlent, en partie du moins, d'une distribution injuste de la propriété dans notre société. Il se peut que certains types de vols soient criminels au sens juridique, mais non pas dans une optique sociale. Ces «crimes» ne devraient pas donner lieu à l'application du droit pénal et de ses peines, mais plutôt à de véritables réformes sociales.

Cependant, même pour les infractions qui ne tombent pas dans cette catégorie, même pour les crimes dont on peut s'occuper sans réformer la société elle-même, le droit pénal ne peut être qu'une solution partielle. Malheureusement, la violation de valeurs impor-

tantes, les querelles de familles et les autres conflits qui sont le résultat de la vie en société, sont tous naturels et prévisibles. Cependant, puisque nous les prévoyons, nous devons prendre des précautions. Nous devons nous assurer que les parents, les familles, les écoles, les églises, les collectivités et tous les autres agents de socialisation réussissent à transmettre et à enseigner les valeurs fondamentales. On exige trop souvent du droit qu'il fasse le travail que ces institutions ont laissé en plan. Or, en réalité, c'est à elles que revient la première responsabilité. On ne devrait recourir au droit pénal qu'en dernier ressort.

2. Le rôle du droit pénal

On ne devrait donc faire appel au droit pénal qu'en dernier ressort. Comme tel, le droit pénal, comme nous l'avons dit plus tôt, constitue une réponse nécessaire à des comportements répréhensibles. Non pas que le droit pénal n'ait comme objet que le châtiment. Cette notion est moralement et philosophiquement trop complexe pour fournir une justification adéquate au droit pénal. D'ailleurs, faire en sorte que le mal soit expié n'est pas l'affaire de simples mortels. Comme Blackstone, nous préférons laisser cette tâche à «l'Être suprême».

L'objet du droit pénal n'est pas non plus l'imposition d'une morale. Bien que le droit pénal cherche à réprimer les actions mauvaises, l'immoralité de celles-ci n'est qu'une condition nécessaire et non une condition suffisante. D'abord, on ne peut faire qu'un tiers agisse de façon morale. En tout cas, le droit pénal ne le peut certainement pas. En vérité, l'État et ses institutions juridiques ne sont pas aptes à s'occuper de la moralité. De plus, tous les comportements individuels ne ressortissent pas au droit. L'État n'a pas sa place dans certaines activités de la nation. Son rôle doit se limiter à celles qui causent du tort à autrui et à la société elle-même.

Ce n'est pas non plus la fonction du droit pénal que d'offrir une protection simple et directe contre le préjudice. Même s'il nous plairait de croire que le droit pénal protège la société par la dissuasion et la réadaptation sociale, l'efficacité de ces deux méthodes est aléatoire. De plus, si souhaitable que cela puisse être, la simple protection contre le préjudice n'est pas ce que nous espérons du

droit pénal. Après tout, le seul fait qu'il ne se commette pas de crime ne nous satisferait pas entièrement. Pour vraiment nous satisfaire, l'absence de criminalité devrait résulter de la croyance dans le caractère indésirable de celle-ci. En résumé, nous souhaitons une société où les gens estiment qu'ils ne devraient pas être des criminels.

En vérité, le droit pénal est fondamentalement un système moral. Ce système peut être grossier, il peut avoir des défauts, il peut manquer de raffinement mais essentiellement, c'est un système de morale appliquée et de justice. Il sert à souligner les valeurs qui sont nécessaires ou importantes pour la société. Lorsqu'il se produit des actions qui violent gravement les valeurs essentielles comme le respect de la vie, la société doit réagir et réaffirmer ces valeurs. Voilà le vrai rôle du droit pénal.

3. Une perspective réaliste

Le droit pénal sert donc à affirmer les valeurs fondamentales. En pratique, il le fait d'une façon bien imparfaite. Si nous voulons que le droit pénal joue son véritable rôle, il importe d'harmoniser la réalité avec l'image que nous nous faisons de sa nature et de son rôle. La théorie et la réalité doivent concorder.

Pour effectuer cette concordance entre la théorie et la réalité, il importe de comprendre la raison d'être de l'abîme qui les sépare. Cette raison d'être, c'est l'excès dans la réaction sociale à la criminalité. D'abord, il y a trop de droit pénal. La croyance naïve qu'on pouvait tout résoudre en légiférant a eu pour conséquence une prolifération de lois, de règlements et d'infractions. Conjuguée à la tendance vers l'efficacité du droit pénal et vers l'intimidation, cette orientation a aidé à créer au Canada, comme ailleurs, des foules d'infractions de responsabilité stricte dans lesquelles la culpabilité ne dépend plus de la faute. Par conséquent, nous avons un trop grand nombre d'actions que nous qualifions de criminelles, un trop grand nombre d'accusations criminelles, un trop grand nombre d'affaires criminelles devant les tribunaux et un trop grand nombre de détenus dans les prisons. Le marchandage de plaidoyers devient essentiel, même si cette procédure constitue un simulacre

de la justice. L'inflation législative, l'inflation pénale et l'inflation judiciaire menacent l'appareil pénal d'effondrement total.

Le remède à cette situation réside dans le sens de la modération. Nous devons garder les infractions réglementaires à leur place, et laisser au «véritable» droit pénal son rôle propre. Ce rôle est celui d'un instrument qu'on utilise en dernier ressort pour réaffirmer les valeurs. Si le droit pénal s'en tient à ce rôle, on peut espérer qu'il réussira et que l'apport du système de justice pénale s'avérera plus utile à la société. En attendant, la responsabilité première d'inculquer les valeurs devrait être assumée par ceux à qui elle incombe, c'est-à-dire par les familles, les écoles, les églises, les autres agents de socialisation et, peut-être, d'autres systèmes juridiques. Il n'est pas nécessaire, lorsque ces institutions n'ont pas rempli leur rôle, de charger le droit pénal de combler tous nos espoirs. Le droit ne peut tout faire, et nous ne devrions pas lui demander de tout faire.

Ce que le droit peut faire, il doit pouvoir bien le faire. Or, c'est ici que le principe de modération prend toute son importance. Ce qui compte, ce n'est pas le nombre d'affaires qui passent entre les mains du système, mais bien la nature de ce système. C'est une question de qualité et non de quantité. Pour en arriver à cette qualité, nous devons faire preuve de modération, tant dans la création des lois et des infractions pénales que dans l'imposition de la responsabilité pénale, dans la sélection des conflits qui sont soumis aux tribunaux pénaux et dans le recours à la peine de dernier ressort, l'emprisonnement. Dans tous ces domaines, il vaut mieux en faire moins que plus.

VII. La modération en droit pénal

La modération est une condition essentielle à la santé du droit pénal. Après tout, chaque fois qu'une loi édicte une prohibition, il y a un prix à payer. Celui-ci comporte quatre éléments particuliers. D'abord, il en coûte au délinquant qui est poursuivi, condamné et puni. Il en coûte à d'autres individus qui voient leur liberté restreinte. Il nous en coûte à nous tous, puisque nous devons payer le prix de la répression pénale. En fait, dans certains cas, il en coûte à toute la société qui croit erronément que le droit pénal a réglé le problème, ce qui empêche d'élaborer une véritable solution. Le droit pénal doit se restreindre aux domaines où l'on peut justifier ce quadruple coût, c'est-à-dire à ces matières où le droit pénal peut avoir une influence valable. Le principe touche à la portée du droit pénal, à la notion de blâme, à l'utilisation qu'on fait du procès et aux principes de «sentencing».

1. La portée du droit pénal

Si le rôle du droit pénal est de réaffirmer les valeurs fondamentales, il doit donc s'occuper uniquement des «crimes véritables» et non de la pléthore «d'infractions réglementaires» qu'on trouve dans les lois. Notre code criminel ne devrait contenir que des actions qui sont non seulement punissables mais aussi *mauvaises*, des actions qui vont à l'encontre des valeurs fondamentales. Aucune autre infraction ne devrait figurer au code.

Cette classification n'est pas non plus une simple formalité. Il ne s'agit pas seulement de qualifier certaines infractions de «crimes» et de les inclure dans le code, et d'en appeler d'autres «contraventions» et de les faire figurer ailleurs. Cela veut dire plutôt qu'on soumettra les deux types d'infractions à deux régimes distincts. Les crimes véritables appellent un régime criminel, les contraventions, un régime non criminel.

Le régime criminel est marqué de trois caractéristiques fondamentales. D'abord la condamnation pour un crime entraîne la réprobation; le délinquant est condamné pour avoir mal agi. Ensuite, la recherche de la culpabilité ou de l'innocence est soumise à une procédure solennelle. Ce genre de procès n'aurait pas sa place dans le cas d'infractions mineures et de contraventions. Enfin, seuls les crimes véritables méritent la peine infamante entre toutes, c'est-à-dire l'emprisonnement; on ne devrait pas punir les contraventions par l'emprisonnement. La réprobation, la solennité du procès et l'emprisonnement constituent donc les caractéristiques du régime criminel, et il convient de les réserver aux crimes véritables.

On peut se demander quels comportements méritent d'être qualifiés de crimes véritables. Une réponse complète à cette question exigerait beaucoup de travail supplémentaire, et même l'étude détaillée du contenu de toute la partie spéciale du droit pénal. Le présent rapport ne peut que proposer comment on devrait déterminer ce contenu.

Pour être qualifiée de crime véritable, une action doit être moralement mauvaise. Cependant, ceci n'est qu'une condition nécessaire et non pas une condition suffisante, comme nous l'avons dit plus tôt. Ce ne sont pas toutes les actions mauvaises qu'on devrait qualifier de crimes. Le véritable droit pénal ne devrait porter que sur les actions mauvaises qui menacent ou qui violent gravement les valeurs sociales fondamentales. Ces valeurs tombent dans deux catégories. Certaines sont nécessaires à l'existence même de la société, alors que d'autres sont essentielles au type particulier de société qu'est la nôtre.

Les valeurs essentielles sont celles sans lesquelles la vie en société serait impossible. La société, après tout, est une entreprise de collaboration. Ses membres doivent être prêts à faire des com-

promis, doivent respecter leurs besoins et leurs faiblesses mutuels, et il doit exister en son sein un certain degré de confiance mutuelle. En d'autres mots, les citoyens doivent préférer l'ordre à l'anarchie, la paix à la violence et l'honnêteté à la fraude. Toute vie en société exige donc que ses membres s'engagent à soutenir des valeurs telles le respect de la vie, l'inviolabilité de la personne, le respect de la vérité et la nécessité de l'ordre. La violation de ces valeurs essentielles constitue des crimes de violence, de fraude et des crimes contre la paix, l'ordre et une saine administration gouvernementale. Ce sont là les infractions principales qu'on devrait inclure dans un code contenant les crimes véritables.

En plus de ces valeurs universelles, certaines sociétés font primer d'autres valeurs. Ainsi, au Canada, nous accordons une importance considérable à la liberté individuelle. Cette valeur n'est pas du tout nécessaire à la vie en société puisque bon nombre d'entre elles ont existé sans elle, et qu'une société qui n'est pas libre demeure quand même une société. Cependant, ce n'est pas une société où nous voudrions vivre. Elle ne nous satisferait pas si elle ne contenait pas un certain degré de liberté, de justice, de tolérance, de dignité humaine et d'égalité. Des infractions telles que la séquestration, l'entrave à la justice et la propagande haineuse constituent des violations de ces valeurs importantes. Elles constituent donc la seconde catégorie des crimes véritables.

Il faut cependant traiter de façon particulière de la valeur que nous attachons à la propriété privée. De nos jours, aucune société ne reconnaît la liberté totale de l'entreprise et de la propriété, mais aucune n'abolit celles-ci purement et simplement. Toutes les sociétés font des compromis. Le Canada, comme la plupart des pays occidentaux, situe son compromis plus près du pôle de la propriété privée. De là découle la place occupée traditionnellement dans notre droit pénal par les infractions à la propriété. Pour nous, le modèle par excellence, le paradigme du crime, c'est le vol.

Cependant, il faut parfois changer les paradigmes. La pollution, l'épuisement des ressources, la pauvreté, le chômage, l'inflation, les conflits raciaux, le terrorisme, l'aliénation, tous ces troubles font remettre en question le caractère adéquat du paradigme pénal traditionnel.

La place que doivent occuper les infractions à la propriété dans notre droit, le choix à faire entre la propriété, la possession

ou le territoire personnel comme intérêt à protéger, le rapport entre cet intérêt et la paix, l'ordre et la bonne administration gouvernementale, l'importance respective du droit de propriété et de la dignité humaine, l'importance respective de la chose et de la personne, voilà des questions qui appellent une réévaluation fondamentale non seulement de notre droit mais du rôle de la propriété dans notre société. En attendant, nous cherchons à atteindre deux objectifs. D'abord, nous projetons d'améliorer et de simplifier le droit actuel relatif aux infractions à la propriété. Plus tard, nous espérons étudier la question fondamentale et soulever un débat dans le pays, dans les écoles, les collèges et les universités, dans les églises, dans les associations diverses, dans les corps de police, les prisons et partout où les gens se posent des questions sur la justice sociale. De cette façon, nous en arriverons peut-être à un consensus général sur la propriété.

Toutefois la propriété pose un problème spécial. On peut dire qu'en général les Canadiens partagent, comme la plupart des autres sociétés, certaines valeurs fondamentales. L'objet véritable du droit pénal, ce sont les violations de ces valeurs fondamentales. Toutes les autres infractions que nous qualifions de «réglementaires» doivent être exclues du code pénal, elles ne devraient comporter aucune réprobation et n'être passibles d'emprisonnement que dans deux circonstances particulières. D'abord, lorsque la violation d'un règlement constitue non seulement une infraction réglementaire mais aussi un crime véritable. Par exemple, la violation intentionnelle des règlements concernant les poids et mesures pourrait, dans les cas graves, constituer une fraude et mériter à ce titre l'emprisonnement. Ensuite, lorsqu'on fait volontairement défaut de se conformer à une ordonnance ou de payer une amende à la suite de la contravention à un règlement. Dans ce cas l'action n'est plus une simple contravention mais un défi à la loi et, à ce titre, elle mérite l'emprisonnement.

2. La notion de blâme

Les crimes véritables consistent dans des actions à la fois graves et répréhensibles, et tout emprisonnement ou toute peine imposée pour un crime véritable constitue une dénonciation du mal.

La justice exige donc qu'une personne punie pour une action mauvaise ait eu l'intention de la commettre. Elle doit avoir agi intentionnellement, avec insouciance ou en connaissance de cause. La justice exige plus que la seule commission de l'acte. Pour les crimes véritables on ne peut donc faire jouer la responsabilité stricte.

Mais la responsabilité stricte n'est pas appropriée non plus pour les infractions réglementaires. Dans ces cas également, malgré l'absence de réprobation sociale ou d'emprisonnement, on impose des peines pour des violations à la loi. Dans ces cas cependant, la violation est le défaut de se conformer à des normes nécessaires à la sécurité, la santé et le bien-être général. En réalité, l'infraction réglementaire est une infraction de négligence. A ce titre, nous soumettons qu'on devrait admettre une défense de diligence raisonnable. Non pas que nous soyons insensibles aux craintes exprimées par les administrateurs à qui il incombe d'appliquer la législation réglementaire. Nous croyons, toutefois, que ceux qui veulent maintenir la responsabilité stricte devraient avoir le fardeau de justifier ce genre de mesure, et que cette justification devrait de plus être fondée non pas sur de la spéculation mais sur l'expérience. Puisqu'on n'a pas fait cette justification, nous recommandons d'assortir l'infraction réglementaire de la défense de diligence raisonnable, tout en la mettant à la charge de l'accusé. Du moins devrait-on l'admettre provisoirement à titre d'expérience pour un certain nombre d'infractions, afin de permettre un contrôle des conséquences d'une telle modification. Cette défense permettrait à l'accusé de s'exonérer en établissant qu'il a pris des soins raisonnables pour ne pas commettre l'infraction. Elle exigerait aussi qu'il s'explique et qu'il montre ce qui est arrivé. Cette approche est à la fois juste, efficace et réalisable. Elle est juste pour ceux qui n'ont pas commis de faute, efficace en ce qui regarde le contrôle public des normes de sécurité, et réalisable si l'on se fie sur des lois récentes, puisque plusieurs d'entre elles prévoient maintenant la défense de diligence raisonnable. Pour ces raisons, la responsabilité stricte devrait en principe être exclue non seulement du régime criminel, mais aussi du régime réglementaire.

On pourrait bien sûr asseoir notre droit pénal et réglementaire sur un fondement différent. Ce fondement pourrait être la notion de *dangerosité*. Ceux qui causent un tort sérieux à autrui ou qui les menacent intentionnellement par insouciance, par négligence

ou tout simplement par accident ou erreur, pourraient tous être considérés dangereux et soumis à des enquêtes qui auraient pour but de déterminer les causes et les remèdes du mal. Cette façon d'aborder le problème pourrait être efficace, voire même à certains égards plus efficace que le droit pénal actuel. Tout de même, un tel principe nous amène à ignorer les distinctions que nous faisons habituellement entre les actions intentionnelles et celles qui ne le sont pas, entre la conduite délibérée et l'accident, entre la négligence et la diligence, distinctions qui sont au cœur de toutes les relations entre personnes. Comme le disait le juge Holmes, «même un chien sait quand il reçoit un coup de pied et quand on ne fait que trébucher sur lui». Notre droit pénal voit aussi cette différence, et il doit continuer à la voir pour demeurer un droit humain. Pour ce faire, il doit s'attacher à l'exigence de la faute, à la notion morale du blâme. Cette notion doit rester à la base de notre droit pénal et de notre droit réglementaire.

3. Le procès pénal

Si le rôle du droit pénal est d'affirmer les valeurs fondamentales, le procès pénal est l'occasion privilégiée de le faire. Le procès ne concerne pas seulement l'accusé à la barre, ni même les délinquants en puissance. Au contraire, c'est une manifestation publique qui a pour but de dénoncer le crime et de réaffirmer les valeurs que le délinquant a transgressées. Comme l'a si bien démontré Morton, le procès est une sorte de dramatisation de la morale. C'est une sorte de théâtre-vérité.

A ce titre, le procès pénal devrait être réservé aux crimes véritables. La question de savoir si X a assasiné Y ou volé Z est l'exemple type de ce qui peut faire l'objet de ce genre de théâtre. Par contre, la question de savoir si la balance de A était juste ou si B avait correctement étiqueté ses produits alimentaires, devrait sans doute être soumise à une enquête publique mais elle ne devrait pas être entourée de la solennité qui caractérise le procès pénal. On devrait donc réserver les procédures solennelles du procès pénal pour les crimes véritables.

De plus, le procès pénal ne devrait s'appliquer qu'aux catégories les plus graves de crimes véritables. Le même crime ne

présente pas toujours le même caractère de gravité. L'attaque d'un vieillard par un bandit est bien plus sérieuse qu'une gifle donnée par une jeune fille à un jeune homme qui se montre importun, bien que ces deux actions constituent juridiquement des voies de fait. Lorsque le tort causé n'est pas grave, que la victime et le délinquant sont en relation permanente et que l'infraction est tout au plus le symptôme d'un conflit qui résulte naturellement de la vie en commun, il est préférable, au lieu de soumettre le tout au processus ordinaire du système pénal, de chercher à régler le problème d'un autre façon. D'abord, de tels cas n'ont pas l'importance qui justifierait le recours à la solennité du procès. Ensuite, ces cas mettent en lumière les besoins non pas d'une réaffirmation publique des valeurs, mais de quelque moyen qui puisse aider les parties à améliorer la qualité de leurs rapports. La meilleure façon d'arriver à ce résultat serait de recourir aux méthodes de règlement expérimentées d'abord à East York et ensuite à d'autres endroits au Canada.

Si l'on ne soumet plus les infractions réglementaires et les crimes mineurs au procès pénal traditionnel, on peut alors espérer que les crimes véritables soient jugés lors de procès véritables, au cours desquels la culpabilité ou l'innocence est déterminée à partir des faits mis en preuve, et non par suite d'ententes et de négociations entre les parties qui se fondent sur des considérations tout à fait différentes. Un système de justice pénale qui se respecte ne devrait pas tolérer ce genre de marchandage de plaidoyers.

4. Les principes de la détermination de la peine

Si l'on retire du régime criminel toutes les infractions réglementaires et qu'on soustrait du processus traditionnel les crimes les moins graves, il restera quand même un noyau de crimes véritables qui nécessiteront le recours au procès traditionnel et à une peine sévère. Dans ces cas aussi le sens de la modération est une nécessité. D'abord, on doit toujours garder les coûts du droit pénal au niveau le moins élevé pour le délinquant, le contribuable et l'ensemble de la société. Ensuite, le risque qui guette l'imposition des peines tient à ce que leur répétition diminue leur efficacité.

Plus une peine est dure, plus nous devrions hésiter à y recourir. Cette règle s'applique en particulier aux peines de dernier ressort.

La peine de dernier ressort la plus importante, c'est l'emprisonnement. Cette sanction est aujourd'hui l'arme la plus terrible du droit pénal. A ce titre, nous devons l'utiliser le moins souvent possible. Nous ne l'appliquerions qu'à trois sortes de cas: 1) lorsqu'un délinquant pose un tel danger à la société qu'il serait impossible de le laisser en liberté; 2) lorsqu'il refuse de se soumettre à d'autres peines; 3) lorsqu'il a commis une infraction qu'il n'est pas possible, dans l'état actuel des choses, de dénoncer autrement. Pour ces trois cas, l'emprisonnement est la peine de dernier ressort.

En limitant le recours à l'emprisonnement, on est en mesure de faire un usage plus fréquent d'autres sortes de peines. Une peine qu'on devrait utiliser plus souvent est l'ordonnance de dédommagement. Le fait de contraindre le délinquant à réparer le tort causé à sa victime constitue l'une des sanctions les plus avantageuses. Elle fait prendre conscience au délinquant du tort qu'il a causé à la victime, elle répond aux besoins de la victime elle-même et elle satisfait la société qui veut s'assurer que justice a été faite et que le délinquant ne tire aucun avantage au détriment des souffrances de sa victime. La réparation occupe une place essentielle dans tout système de justice pénale.

Une seconde espèce de réparation est également importante. Si la personne qui subit le préjudice causé par le crime est une victime, la société, dont les valeurs ont été menacées et violées, est également une victime. La société est elle aussi créancière du délinquant, et sa créance n'est pas satisfaite par la peine d'emprisonnement. La réparation s'effectue de façon plus certaine par le biais de peines qui manifestent une approche plus créatrice, comme c'est le cas des ordonnances de service bénévole qui obligent le délinquant à poser un geste positif pour compenser le tort qu'il a causé à la société.

On devrait avoir recours de plus en plus à des peines constructives, telles l'ordonnance de dédommagement ou de prestation de service bénévole plutôt qu'à l'emprisonnement, celui-ci ne constituant qu'un «entreposage» néfaste et sans espoir de délinquants à l'intérieur des prisons.

VIII. Conclusion

Notre philosophie peut se résumer comme suit.

L'homme est un être social qui doit vivre en société. Société veut dire collaboration, vie en commun et partage de valeurs fondamentales. La fidélité aux valeurs suppose que leur violation entraîne une réaction de la part de celui qui y adhère pleinement. Il en est de même de la société qui, face à la violation d'une valeur à laquelle elle croit fermement, se doit de réagir publiquement, de dénoncer la violation et de voir à ce que la valeur soit réaffirmée. Le droit pénal constitue l'une des façons d'y parvenir.

Le droit pénal fonctionne à trois niveaux différents. Au niveau de la législation, il dénonce certaines actions et les prohibe. Au niveau du procès, il condamne solennellement et publiquement ceux qui les commettent. Au niveau de la sanction, il impose une punition au délinquant. Voilà ce que nous retirons du droit pénal. Bien plus que la dissuasion et la réadaptation sociale, il nous assure une protection indirecte en soulignant les valeurs fondamentales auxquelles nous souscrivons.

Cependant le droit pénal n'est pas le seul moyen, ni même le meilleur moyen de rehausser ces valeurs. En réalité, le droit pénal est un instrument grossier dont l'utilisation est coûteuse. C'est un instrument grossier parce qu'il ne peut avoir la sensibilité humaine d'institutions telles la famille, l'école, l'église ou la collectivité. Il est coûteux parce qu'il entraîne des souffrances, des pertes de liberté et des frais énormes.

Le droit pénal doit donc être un outil de dernier ressort. On doit y avoir recours le moins souvent possible. Le message qu'il véhicule ne doit pas être obscurci par l'exagération de la réaction sociale au crime, par la prolifération des lois, des infractions, des accusations, des procès et des sentences d'emprisonnement. Le glaive de la justice doit rester aussi longtemps que possible dans son fourreau. Le sens de la modération doit prévaloir, tant à l'égard de la portée du droit pénal qu'à l'égard de la notion de blâme, de l'utilisation du procès pénal et de la sentence.

1. La portée du droit pénal

Pour réaffirmer des valeurs, le droit pénal dénonce des actions que l'on considère mauvaises. Il doit donc se restreindre aux actions véritablement mauvaises. Il doit respecter certaines limites et ne pas incriminer des actions que la plupart d'entre nous estimons ne pas être vraiment répréhensibles ou, si elles le sont, que nous jugeons de peu d'importance. Seules les actions que notre société estime à la fois mauvaises et graves devraient constituer des crimes.

Toutes ces actions, cependant, ne devraient pas être des crimes. Qu'une action soit moralement mauvaise est une condition nécessaire, mais non pas suffisante pour qu'on l'incrimine. L'incrimination devrait reposer en plus sur trois autres conditions. D'abord, l'action doit causer un tort, soit à d'autres personnes, soit à la société en général ou, dans des cas spéciaux, à ceux qui ont besoin qu'on les protège contre eux-mêmes. Ensuite, le tort qu'elle cause doit être grave. Enfin, le tort doit être d'un type pour lequel le remède le plus efficace est le droit pénal. Ces conditions limiteraient le droit pénal aux crimes de violence, de malhonnêteté et aux autres infractions qui ont toujours retenu l'attention des gens. Toutes les autres infractions qui, sans être véritablement répréhensibles, sont prohibées parce que cela constitue la meilleure façon de régler le problème qu'elles posent, ne doivent pas figurer au Code criminel. On doit les considérer seulement comme des quasi crimes ou des contraventions.

2. La notion de blâme

En réaffirmant les valeurs et en dénonçant le crime, le droit pénal stigmatise aussi ceux qui le commettent. Il condamne ceux qui ont mal agi. Cependant, la culpabilité juridique doit être fondée sur la véritable culpabilité morale. Le délinquant doit avoir agi de façon intentionnelle, insouciante ou du moins négligente. Le véritable droit pénal a pour objet ces actions mauvaises, alors que l'étourderie et le défaut de se conformer à des normes désignées ne peuvent mettre en cause que le droit réglementaire.

Malheureusement, certains crimes véritables et la plupart des infractions réglementaires reposent sur le principe de la responsabilité stricte. On peut encourir la culpabilité pour ces infractions sans intention, sans insouciance, sans négligence, en d'autres termes, en toute innocence et en toute ignorance des faits. Une telle «culpabilité innocente» est injuste, inutile et inopportune. En principe, on devrait faire disparaître cette notion du droit canadien et la remplacer, en matière réglementaire, par la négligence qui pourrait faire l'objet d'une présomption contre l'accusé, quitte à ce que celui-ci renverse cette présomption par une preuve prépondérante de diligence raisonnable.

Nous reconnaissons cependant qu'en pratique, certaines personnes, particulièrement des administrateurs, craignent que le droit réglementaire ne puisse pas fonctionner si on adopte cette modification. Pour faire face à ces craintes, on pourrait mettre la défense de diligence raisonnable à l'épreuve pendant quelque temps, pour voir si le nouveau système fonctionne. Son fonctionnement serait également amélioré si les tribunaux pouvaient plus rapidement et avec moins de formalités décider du bien-fondé du moyen de défense. De cette façon, ils exerceraient la discrétion qui est présentement le fait des fonctionnaires. Il faudrait, à cet effet, mettre au point de nouvelles règles et de nouvelles procédures.

3. Le procès pénal

Si le rôle premier du droit pénal est de réaffirmer les valeurs fondamentales, le procès pénal prendra une importance plus grande.

La dénonciation des actions qui violent ces valeurs ne provient pas surtout du code ou de la peine qu'on inflige au délinquant mais du procès lui-même. Ce ne sont pas toutes les infractions qui méritent qu'on les juge de cette façon. Certaines ne sont pas assez graves. D'autres ne violent pas les valeurs fondamentales.

Certaines infractions présentent un degré de gravité très restreint. Bien qu'elles enfreignent des valeurs fondamentales, elle ne le font que de façon très relative. Elles ne devraient pas, par conséquent, faire l'objet d'un procès pénal. Nous recommandons à leur égard le recours à une mesure de déjudiciarisation.

D'autres infractions ne requièrent pas le procès pénal dans toutes ses formes parce qu'elles ne violent aucune valeur fondamentale. Une procédure d'arbitrage plus sommaire, plus rapide et moins entourée de formalités, convient mieux à ces infractions réglementaires. On doit évaluer la responsabilité et imputer le blâme en observant les principes de justice, les règles de droit et les règles de preuve, mais on peut y arriver sans le rite solennel et la majestueuse dignité dont s'accompagne le procès pénal traditionnel.

4. La sentence

Le droit pénal utilise comme instruments de condamnation et de dénonciation morales certains types de peines infamantes dont la plus importante est l'emprisonnement. L'emprisonnement n'a pas sa place en matière de droit réglementaire puisque celui-ci ne vise pas la condamnation morale et la stigmatisation. Malheureusement 70% des infractions réglementaires rendent ceux qui les commettent passibles d'une peine de prison. On doit changer cette situation et le secteur réglementaire doit exclure l'emprisonnement. Le véritable droit pénal doit également restreindre le recours à cette peine aux cas où elle est vraiment nécessaire, soit pour le délinquant qu'il serait dangereux de laisser libre, soit pour celui qui refuse de se soumettre à d'autres sanctions et pour celui qui a adopté un comportement tellement répréhensible qu'une peine non privative de liberté ne suffirait pas à le dénoncer. Dans les autres cas, les tribunaux devraient avoir recours à des peines plus constructives.

IX. Mise en œuvre

Le droit pénal est un instrument brutal qu'on ne doit utiliser qu'en dernier ressort. A ce titre, on doit le restreindre à ses objets propres où il peut être le plus efficace. Nous devons y avoir recours avec modération.

Par conséquent, **nous recommandons** qu'on fasse preuve de modération à quatre niveaux différents. En premier lieu, en ce qui regarde la portée du droit pénal, on devrait décriminaliser partout où la prohibition n'est pas nécessaire, efficace et appropriée, et substituer à la poursuite pénale des solutions de rechange plus constructives, axées sur la collectivité. En deuxième lieu, on devrait restreindre l'imputation de la responsabilité, mettre l'accent sur la véritable faute personnelle et, dans la mesure du possible, abolir la responsabilité stricte. En troisième lieu, on devrait limiter l'emploi du procès pénal traditionnel, le réserver, avec toute sa solennité, aux cas très graves et soumettre les autres à des solutions déjudiciarisées. En quatrième lieu, quant au recours à la peine en général et à l'emprisonnement en particulier, on devrait le restreindre de façon à réduire au minimum les souffrances et les coûts et à favoriser l'utilisation de sanctions plus créatrices et plus constructives. En général, l'emprisonnement n'est pas un bon instrument de réadaptation sociale, et la moitié des gens qui sont détenus ne devraient pas l'être. Cependant, la prison a encore sa place. Il existe malheureusement des situations où la resocialisation ne constitue pas la préoccupation première. C'est dans ces situations seulement qu'on devrait avoir recours à l'emprisonnement. **Notre recommandation principale** est donc qu'à ces quatre niveaux du

droit pénal, soit la portée du droit, l'imputation de la responsabilité, la procédure et le sentencing, le sens de la modération soit de rigueur.

On peut arriver de diverses façons à ce sens de la modération. On peut y arriver en partie par des changements législatifs, en partie par des changements dans la pratique, et en partie par des changements dans les attitudes. De tels changements dans les attitudes et les pratiques peuvent souvent avoir lieu sans modification législative. Dans nos documents de travail sur la déjudiciarisation, le sentencing et la procédure, nous avons signalé tout ce qu'il était possible de faire aux niveaux administratifs et judiciaires pour mettre en œuvre nos recommandations en matière de déjudiciarisation. Dans notre rapport sur les principes directeurs en matière de sentences nous démontrons comment, même en l'absence de changements législatifs, les tribunaux peuvent aborder le sentencing d'une toute autre façon. Dans notre rapport sur les procédures antérieures au procès, nous allons montrer comment on peut faire appel au sens de la modération au niveau administratif; les policiers et les autres autorités peuvent faire davantage appel au sens de la modération et à la discrétion dans leurs décisions de porter une accusation, d'effectuer une arrestation et d'engager une poursuite. Il est donc possible de réussir beaucoup de choses sans avoir recours aux changements législatifs.

La nécessité de légiférer

Un jour, cela va de soi, il faudra bien légiférer. La législation sera nécessaire pour préciser les nouveaux principes directeurs en matière de sentences, pour reconnaître formellement et autoriser les nouvelles procédures de règlement, pour abolir la responsabilité stricte, pour restreindre la portée du droit pénal et enfin, pour réorganiser le Code criminel. Les deux premières questions font l'objet de notre rapport sur les principes directeurs en matière de sentences et de notre futur rapport sur la procédure. Le présent rapport traite des trois autres questions.

1. L'abolition de la responsabilité stricte

L'étude de chaque infraction du Code criminel, des lois fédérales et des règlements fédéraux serait une tâche herculéenne.

Nous recommandons plutôt qu'un article général soit incorporé à la partie générale du code. **Nous recommandons** que cet article soit rédigé suivant la suggestion du document de travail n° 2, *La notion de blâme* (p. 44), comme suit:

> (1) *Toute infraction qui figure au Code criminel comporte comme élément constitutif l'intention ou l'insouciance, à moins que cette exigence ne soit expressément exclue par l'article qui crée l'infraction; lorsque cette exigence est exclue, la défense de diligence raisonnable sera admise.*
>
> (2) *Dans toute infraction ne figurant pas au Code criminel, la défense de diligence raisonnable sera admise et dans le cas d'une telle infraction où l'intention ou l'insouciance n'est pas expressément exigée, le fardeau d'établir cette défense incombera à l'accusé.**

Nous soulignons deux questions que nous avons déjà soulevées plus tôt. D'abord, cette seconde recommandation pourrait être appliquée après qu'on lui ait fait subir une épreuve d'efficacité en rapport avec un certain nombre d'infractions. Ensuite, il serait possible de déterminer le bien-fondé de la défense de diligence raisonnable avec moins de formalités qu'en exige le procès pénal ordinaire.

2. La restriction de la portée du droit pénal

Nous recommandons que le Code ne prohibe que les actions que l'on considère en général suffisamment mauvaises pour justifier l'intervention du droit pénal. L'on devrait étudier de façon spéciale les actions que la société n'estime plus répréhensibles, celles dont le caractère répréhensible fait l'objet de controverse, ainsi que les infractions qui se rapportent strictement au droit de propriété. Ces trois sortes d'infractions pourraient nécessiter une modification législative.

Nous recommandons qu'en plus d'étudier avec attention ces trois catégories d'infractions, le législateur fasse preuve de modéra-

---

*Le fardeau qui incomberait à l'accusé serait celui de faire une preuve prépondérante. *Vide*, le Code de la preuve (premier rapport au Parlement).

tion en créant des infractions nouvelles. Cette modération devrait s'exercer tant à l'égard des crimes que des infractions réglementaires. **Nous recommandons**, comme principes directeurs pour l'exercice de cette modération, les critères suivants qui servent à distinguer entre crimes et infractions réglementaires.

a) *Critères de la criminalisation*

Afin de déterminer si une action devrait être un crime qui figure au Code criminel, nous devons nous demander:

- si l'action cause un préjudice grave à autrui;
- si elle viole de quelque façon nos valeurs fondamentales, à tel point qu'elle cause un tort à la société;
- si nous sommes sûrs que les mesures nécessaires pour mettre en œuvre le droit pénal contre cette action ne violeront pas elles-mêmes nos valeurs fondamentales;
- si après réponse affirmative à ces trois questions, nous croyons que le droit pénal est d'un apport substantiel à la solution du problème.

Une action ne devrait figurer comme crime au Code criminel que si l'on peut répondre affirmativement aux quatre questions.

b) *Critères de la prohibition réglementaire*

Un grand nombre d'actions ne rencontreront peut-être pas les critères de la criminalisation, mais présenteront quand même un problème. Il se peut qu'isolément elles ne causent pas de tort grave ou qu'elles ne menacent pas nos valeurs fondamentales. Tout de même, leur effet cumulatif peut être néfaste. On peut légitimement décourager les gens de commettre ces actions par l'éducation, par des politiques fiscales, par des mesures administratives ou par la prohibition réglementaire. Pour figurer dans la catégorie des infractions réglementaires, une action devrait satisfaire aux critères suivants:

- l'action est-elle une source possible de préjudice pour la collectivité?
- sommes-nous assurés que la prohibition ne violera pas nos valeurs fondamentales relatives à la liberté individuelle?
- sommes-nous assurés que l'application de la prohibition réglementaire ne fera pas plus de tort que de bien?

- sommes-nous assurés que la prohibition réglementaire aura un effet important pour la solution du problème?

L'action ne devrait devenir infraction réglementaire que si elle satisfait aux quatre critères. Les critères sont moins exigeants que ceux de la criminalisation parce que: a) la condamnation pour une infraction réglementaire entraîne peu de réprobation sociale et b) qu'on ne devrait pas, en général, permettre de punir cette catégorie d'infractions par l'emprisonnement. A la lumière de ces critères et particulièrement de ceux qui s'appliquent à la criminalisation, nous recommandons une étude spéciale des trois catégories d'infractions suivantes:

(i) *Les infractions que la majorité des gens considèrent ne pas être mauvaises ou suffisamment graves pour qu'on les incrimine devraient disparaître du Code criminel.*

Une liste exhaustive dépasserait les cadres du présent rapport. Les exemples suivants ne sont que des suggestions:

- inscrire des paris (art. 187);
- avoir la charge d'un véhicule à moteur muni d'un appareil produisant un écran de fumée (art. 239);
- affecter de pratiquer la magie (art. 323).

(ii) *Les infractions dont le caractère répréhensible et la gravité font l'objet de controverses devraient être examinées de près.*

A la lumière des attitudes sociales existantes, on devrait étudier la question à savoir si ces infractions devraient être abolies, redéfinies ou si la loi devrait être renforcée. Nous ne pouvons encore une fois dresser une liste exhaustive; cependant nous proposons les exemples suivants:

- l'avortement,
- les actions indécentes,
- la bigamie et la polygamie,
- le complot,
- les infractions relatives aux drogues,
- l'inceste,
- l'obscénité et la pornographie,
- le jeu,
- la désobéissance aux lois et aux ordonnances des tribunaux (art. 115 et 116).

(iii) *Le droit des infractions relatives à la propriété devrait être simplifié et reconsidéré à la lumière d'une nouvelle évaluation du rôle de la propriété dans la société.* La Commission de réforme du droit a entrepris cette simplification dans le cadre de son programme de réforme du droit pénal. La réévaluation constitue une question à plus long terme dont les modalités sont présentement à l'étude.

3. La réorganisation du Code criminel

On peut faire au moins quatre grands reproches à notre droit pénal. Il ne fait pas la distinction entre crimes véritables et infractions réglementaires. Il s'embarasse de trop de détails. Il emploie un langage et un style qui ne conviennent pas. Il s'inspire d'une philosophie victorienne qui n'est plus adéquate.

a) *Le crime véritable et l'infraction réglementaire*

On fait une distinction, en droit, entre la faute civile et l'infraction pénale. La première fait l'objet du droit civil et d'autres branches apparentées au droit. La seconde tombe sous l'empire du droit pénal. Cette distinction est particulièrement importante au Canada, à cause de la règle constitutionnelle qui réserve au Parlement fédéral la création du droit pénal.

Il y a cependant une autre distinction que nous avons signalée dans le document de travail nº 2 intitulé, «La notion de blâme». C'est une distinction interne en droit pénal, à savoir la distinction entre le crime «véritable» et la simple infraction réglementaire. La distinction est bien connue des simples citoyens, elle est admise en philosophie du droit et elle se fonde sur la logique et le sens commun. Le droit devrait aussi la reconnaître. Par conséquent, nous recommandons qu'on émonde le Code criminel de toutes les infractions qui ne représentent pas des actions à la fois mauvaises et graves.

Nous recommandons de plus que la distinction soit renforcée en réservant la stigmatisation de l'emprisonnement au crime véritable. Par conséquent *nous recommandons que le Code criminel précise qu'à l'exception de celles qui figurent au Code criminel aucune infraction ne rende son auteur passible d'une peine de*

prison. Lorsqu'une infraction réglementaire est commise de façon tellement délibérée qu'elle fait de l'acte un crime «véritable» qui mérite l'emprisonnement (par exemple, l'omission volontaire de se conformer à certaines dispositions de la loi fiscale, pourrait être considérée comme de la fraude et mériter l'emprisonnement), *on devrait loger une poursuite sous le régime du Code criminel en accusant le prévenu du crime correspondant*. Lorsqu'une personne condamnée pour une infraction réglementaire refuse de se conformer à l'ordonnance ou à la sentence du tribunal, ce défi volontaire devrait, comme nous l'avons suggéré dans le document de travail n° 6 intitulé, «L'amende», constituer une infraction nouvelle punissable de l'emprisonnement par voie de déclaration sommaire de culpabilité.*

b) *L'excès de détails*

Si l'on restreignait le Code criminel à la liste relativement courte des crimes véritables, il deviendrait un document simple et concis. A l'heure actuelle, il consiste en un assemblage lourd et complexe d'articles dont certains ont été ajoutés au fur et à mesure, pour régler des problèmes particuliers qui se présentaient. Un grand nombre d'entre eux ne sont pas nécessaires puisqu'ils ne servent qu'à particulariser des principes qui figurent déjà dans le Code. Étant donné, par exemple, qu'il existe un article qui prohibe la séduction, nous n'avons aucun besoin de la prohibition spéciale contre la séduction des passagères à bord d'un vaisseau. Étant donné qu'il existe une prohibition générale contre le vol, les articles prohibant le vol d'huîtres, de bestiaux et de bois à la dérive sont superflus. Étant donné l'infraction générale qui incrimine la cruauté envers les animaux, nous pourrions nous passer des dispositions spéciales qui traitent du transport du bétail et des combats de coqs. Cet excès de détails brouille le message clair, simple et direct du Code. L'on remplace par le produit d'une série d'accidents historiques le sens commun et le principe moral.

Pour faire retrouver sa simplicité et sa portée générale au Code, on devra le restructurer de façon plus rationnelle. On devrait

---

***En pratique, il y a bien des moyens d'arriver à cet objectif, mais, en principe, nous proposons que les infractions réglementaires graves, c'est-à-dire «criminelles», soient classées au Code criminel dans la catégorie des crimes.**

concentrer les efforts sur la définition des infractions les plus importantes. On devrait éviter d'entrer dans les détails et dans les applications particulières.

c) *Un style inadéquat*

Le Code criminel ne contient pas de principes directeurs. Il ne nous dit pas ce qu'est le droit pénal, à quoi il doit servir, quels sont ses objectifs. Il est largement formé, comme nous l'avons écrit plus haut, d'un ensemble de règles spéciales d'une complexité toujours croissante. Non pas que les détails soient inutiles. La précision dans la définition des infractions peut favoriser la clarté et la certitude. Chaque citoyen a le droit de savoir clairement ce qui est défendu. Le responsable de l'application de la loi a le droit de savoir exactement quand la loi lui permet d'intervenir. A cause de cela, dit-on, il est juste de décrire les prohibitions de façon détaillée, en mettant les points sur les «i».

L'argument n'est pas entièrement convaincant. En particulier, il n'est pas convaincant en ce qui regarde les crimes «véritables». Ces actions sont généralement reconnues comme étant à la fois graves et mauvaises. Cette reconnaissance est tellement générale et le fait que les actions soient mauvaises est tellement évident, qu'on ne permet pas de s'exonérer en plaidant l'ignorance de la loi. Que l'accusé ait connu ou non le libellé exact des articles du Code criminel portant sur l'homicide n'a rien à voir avec une accusation de meurtre. Il savait qu'il est mal de tuer. Le même raisonnement s'applique à tous les crimes fondamentaux où le droit pénal ne fait que souligner la connaissance générale du bien et du mal.

Cela étant, nous soumettons que les définitions détaillées ne sont pas nécessaires. En ce qui regarde une infraction pénale, le comportement peut tomber dans trois catégories différentes. La première catégorie est celle des actes clairement mauvais et clairement prohibés par l'article qui crée l'infraction. La seconde catégorie est celle des actes clairement légitimes que la prohibition ne vise évidemment pas. La troisième catégorie comprend des actes qui ne sont ni clairement mauvais, ni clairement légitimes: ils tombent dans la zone grise qui se situe entre ces deux extrêmes. Ce sont ces actes qui ont donné énormément de mal aux juristes et aux législateurs parce que la législation s'est toujours attachée à ces actes marginaux dans le but de les clarifier et de favoriser la

certitude. Nous soumettons que cela n'est pas nécessaire en droit pénal. Toute action qui tombe dans cette zone grise n'est sûrement pas une action qu'on reconnaît généralement être à la fois mauvaise et grave. A ce titre, elle ne devrait pas être prohibée par le droit pénal. Après tout, le rôle du droit pénal est de souligner les valeurs et non de les caricaturer.

On ne doit donc pas attacher trop d'importance aux cas marginaux, au détriment du reste. Nous devons faire porter le droit sur ce qui est véritablement criminel. Le Code criminel de l'avenir devrait consister en une déclaration brève, concise et simple désignant les actes que condamne notre société. Il devrait être un résumé de nos principes fondamentaux de morale appliquée.

d) *Une philosophie inadéquate*

Notre Code criminel est en grande partie le produit de la pensée du dix-neuvième siècle. La pensée de ce siècle se caractérise par un consensus très général et un optimisme naïf. En général, les gens s'entendaient sur les principes moraux. Ils croyaient aussi que, comme chaque événement avait sa cause, de même tout problème avait sa solution, à condition de la trouver. De là, la conception que Bentham et ses disciples se faisaient de l'homme: des êtres mus par des mécanismes rationnels obéissant au principe du plaisir et de la peine. De là aussi, la croyance primitive en l'efficacité de l'intimidation.

Nous nous rendons compte aujourd'hui que ces croyances ne suffisent pas. On s'entend moins aujourd'hui sur bien des questions comme la sexualité, la religion et bien d'autres questions encore. On croit avec moins de confiance que tout problème est facilement soluble; les problèmes sont peut-être des éléments inéluctables de la condition humaine. On croit moins, également, à la conception de l'homme comme purement rationnel et mû uniquement par son intérêt. On a redécouvert les aspects sombres, irrationnels et inconscients de la nature humaine. La société ressemble de plus en plus à un système ouvert où chaque élément contribue à influer sur tous les autres de façon à produire un équilibre fondé sur le dynamisme des interrelations. Le crime est un des éléments de ce système.

Cela signifie qu'il n'existe pas de solution facile au problème de la criminalité, pas de panacée, pas de cure-miracle. La crimi-

nalité, tout comme la pauvreté, sera toujours des nôtres. Tant que les humains seront comme ils sont, ils affirmeront des valeurs morales et ils les transgresseront. Le crime fait partie de notre nature. Il est ici à demeure. Le problème est de décider quoi en faire.

Pour décider comment réagir au crime, nous devons avoir l'esprit ouvert et savoir affronter la réalité. Nous devons considérer le procès criminel comme une occasion d'apprendre, où l'accusé, la victime, les autres participants, nous tous, enfin, pouvons apprendre des leçons. Nous pouvons apprendre de quelle manière l'action de l'accusé est mauvaise, de quelle manière on peut réparer le préjudice causé et comment on peut réaffirmer et redécouvrir nos valeurs fondamentales. Nous devons surtout, en observant le drame judiciaire, éviter de faire de l'accusé le bouc émissaire de nos faiblesses et apprendre à reconnaître le mal qui est en nous. Nous devons apprendre ce qu'est un être humain.

Pour en arriver à cela, il faudrait plus d'imagination dans notre façon d'aborder le droit pénal. Nous devons être prêts à innover. Nous devrions accepter de faire des expériences au moyen de projets pilotes. Au lieu de tenter d'appliquer chaque fois la loi de façon générale sans connaître les résultats à en attendre, il serait utile de tenter diverses stratégies de façon temporaire dans des régions délimitées. Après un contrôle serré, nous serions alors en mesure de juger si nous voulons les généraliser. Cette façon de procéder nécessite un bon système de contrôle des résultats. Nous devons améliorer notre système de relevé et de compilation de données statistiques. Le progrès en droit pénal, comme dans toute entreprise humaine, est le fruit de la prudence, du réalisme et du pragmatisme. On va de l'avant pas à pas.

Ce changement d'attitude ne pourra arriver que si l'on attache plus d'importance à l'aspect éducatif du droit pénal. Nous avons trop l'habitude de la catégorie: le droit pénal d'un côté, l'éducation de l'autre. L'homme, cependant, n'entre dans aucune catégorie et son comportement forme un tout. Par conséquent, **nous recommandons** que le gouvernement prenne des mesures pour favoriser l'éducation en droit pénal des juges, des administrateurs du système pénal et de nous tous. D'abord, les juges ont le droit de suivre des cours et des programmes d'éducation permanente en droit pénal, en criminologie et en philosophie pénale; il y va aussi de

notre droit. Ensuite, il serait bon qu'il y ait des principes directeurs portant sur l'administration de la justice, depuis le niveau d'intervention du Procureur général jusqu'à celui du simple policier ou du fonctionnaire, de façon à assurer à la fois la conformité générale aux principes de base et la responsabilité politique pour les décisions qui sont prises. Enfin, le gouvernement devrait lancer des programmes ayant pour but de renseigner les citoyens sur le droit pénal et la criminalité. On devrait mettre au point des programmes qui conviendraient aux écoles, aux universités, aux collèges communautaires et à tous les autres contextes éducatifs. A l'heure actuelle, notre droit pénal n'est pas suffisamment respecté. Les gens plus âgés sont peut-être cyniquement déçus; les plus jeunes peuvent ressentir l'ennui, le mépris, la désillusion, l'aliénation. Pour gagner de nouveau notre respect, le droit pénal doit retrouver sa place propre, et le procès pénal doit avoir à nos yeux un sens véritable. En somme, nous devons faire du droit pénal *notre* droit pénal. C'est à ce moment, et seulement à ce moment, que nous pourrons apprendre comment réagir devant la criminalité.

Annexe

A. Remerciements

Nombre d'individus ont contribué à la réalisation de ce rapport. Nos documents de travail portant sur le droit pénal et ses objectifs ont fait l'objet de nombre de tables rondes et de rencontres au sein du personnel de recherche. La Commission tient à remercier vivement ces collaborateurs de leur apport inestimable. Nous aimerions aussi remercier les anciens membres de la Commission de leur concours précieux.

Anciens commissaires

Madame le juge Claire Barrette-Joncas
Le doyen Martin L. Friedland
John D. McAlpine
M. le juge William F. Ryan

Conseillers en recherche et collaborateurs

Jerome Atrens
Jean-Louis Baudouin
Neil Brooks
Ronald Delisle
Howard Eddy
Gerard Ferguson
Brian Grosman
B. Hogan
John Hogarth
Anthony Hooper
Ian Hunter
Keith Jobson
Mark Krasnick
Pierre Landreville

René Marin
J. D. Morton
Alan Reid
Darrell Roberts
R. A. Samek
T. R. Swabey
Herbert Thurston
Paul Weiler
Louis Waller
Gaylord Watkins

B. Publications

Ce rapport se fonde sur un grand nombre de documents de source interne et externe, lesquels sont consignés dans les dossiers de la Commission et figurent dans nos rapports annuels. Voici la liste de ceux qui ont été publiés et que l'on peut se procurer chez Information Canada:

Documents de travail:

La notion de blâme (#2—1974)

Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence (#3—1974)

La déjudiciarisation (#7—1975)

Les confins du droit pénal (#10—1975)

Processus pénal et désordre mental (#14—1975)

Documents de soutien:

Études sur la responsabilité stricte (1974)

Études sur le sentencing (1974)

Études sur la déjudiciarisation (Projet de réforme du droit pénal à East York) (1975)

Études sur l'obscénité (1976).